Die Einwirkung des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte (im allgemeinen).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Curt Sperling

General-Sekretär des Verbandes Rheinisch-Westfälischer Gemeinden in Cöln.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 28. Oktober 1908.

Erlangen 1908.

Cöln 1909

Buchdruckerei Th. Quos.

168

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Meinem lieben Vater

Herrn Geheimen Justizrat und Universitätsrichter

Bernhard Sperling

zu Halle a. S.

in tiefer Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitend 1

A. Der Einfluss der Konkurseröffnung auf das schwebende Rechtsgeschäft 3

I. Im Allgemeinen 3

II. Die von der Konkurseröffnung berührten Rechtsgeschäfte 4

a) Der Gemeinschuldner ist forderungsberechtigt . 6

b) Der Cridar als Schuldner 8

c) Insbesondere die Vertragsstrafe 11

III. Die rechtliche Stellung des Gemeinschuldners und des Verwalters in Bezug auf das schwebende Rechtsgeschäft 14

a) Der Gemeinschuldner 14

b) Der Verwalter 15

1. Die Vertretungstheorie 16

2. Die Amtstheorie 19

B. Der Einfluss des Konkurses auf den rechtlichen Bestand und die Erfüllung des schwebenden Rechtsgeschäfts . 21

I. Auf den rechtlichen Bestand 21

II. Auf die Erfüllung 22

a) einseitige Rechtsgeschäfte 22

1. Forderungen des Gemeinschuldners an Dritte 22

2. Forderungen Dritter an den Gemeinschuldner 23

Seite

b) Verträge 23
1. Einseitige Verträge 23
2. Zweiseitige Verträge. Allgemein 23
α) Wesen der von § 17 K.-O. erfassten zweiseitigen Verträge 24
β) Der Vertrag ist erfüllt 27
a 1. Zum Wesen der Erfüllung 27
b 1. Beide Kontrahenten haben erfüllt . 29
c 1. Der Gemeinschuldner hat erfüllt . 29
d 1. Der Vertragsgegner hat erfüllt . . 30
γ) Der Vertrag ist von keiner Seite vollständig erfüllt (§ 17 K.-O.) 31
a 1. Das Wahlrecht des Konkursverwalters 32
α 1. Umfang des Wahlrechts . . . 32
Insbesondere:
β 1. Kann der Verwalter teilweise Erfüllung verlangen 34
γ 1. Wie steht es mit dem Wahlrecht, wenn der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses auf Erfüllung geklagt hat oder verklagt ist 35
δ 1. Form und allgemeine Wirkung der Erklärung des Verwalters 35
ε 1. Das Anfechtungsrecht der Erklärung wegen Irrtums durch den Verwalter 36
b 1. Folgen der Ausübung des Wahlrechts 37
α 1. Der Verwalter entscheidet sich für Erfüllung 37
β 1. Der Verwalter entscheidet sich für Nichterfüllung 40
a 2 Wirkung des Erfüllungsverzichts auf den rechtlichen Bestand des Vertrages 40

Seite

b 2. Die hierdurch geschaffene Rechtslage für den Vertragsgegner 42

α 2. Das Rückforderungsrecht des vom Vertragsgegner Geleisteten (§ 26, S. 1 K.-O.) 43

a 3. Das Eigentum ist nicht übergegangen 44

b 3. Das Eigentum ist übergegangen 44

β 2. Die Forderung des Vertragsgegners, wegen der Nichterfüllung (§ 26 S. 2 K.-O.) . . 45

c 2. Die Rechtslage des Gemeinschuldners 48

α 2. Die diesbezüglichen Vorschriften der Konkursordnung 49

β 2. Ist eine Rückforderung des vom Gemeinschuldner Geleisteten auf Grund des § 812 B. G.-B. denkbar? 53

γ 1. Die Wahl ist unterblieben 56

C. Inwieweit kann durch frühere Parteivereinbarung dem Konkurse eine andere als die im Gesetz bestimmte Wirkung auf schwebende Rechtsgeschäfte beigelegt werden 58

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0014

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten.

Amon, Georg, Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse, 1896.

Archiv für zivilistische Praxis.

Brachmann, H. A., Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners unter besonderer Berücksichtigung der §§ 15–21, 14 und 44 der Reichskonkursordnung, Leipzig 1883.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht (1900).

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses, 1884.

Code civil.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band II, 1902.

Dernburg, Preussisches Privatrecht, 5. Auflage.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 3. Auflage 1905.

Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, 6. Auflage.

Endemann, Konkursverfahren, 1889.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Fitting, Reichskonkursrecht u. Konkursverfahren, 3. Aufl., 1904.

Fuchs, Der deutsche Konkursprozess, 1877.

Günther, Der Konkurs der Gläubiger nach gemeinem deutschen Recht, 2. Auflage.

Grünwald, Über den Einfluss des Konkurses eines der Kontrahenten auf Kauf- und Mietverträge derselben, 1889.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung.
Hellmann, Lehrbnch des deutschen Konkursrechts, 1907.
Jäger, Kommentar, 2. Auflage, 1904.
Juristische Wochenschrift.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts (1903).
Korn, Anfechtungen von Rechtshandlungen des Schuldners in und ausserhalb des Konkurses.
Krahmer, Gegenseitige Verträge, Studien der Systematik des Reichsrechts, Halle 1904.
Motive zum Entwurf der Konkursordnung vom 10. Februar 1877.
Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Auflage. 1898.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, 1906.
Oetker, Über den Einfluss der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Abhandlung in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Band XIII.
Oetker, Das Verfolgungsrecht (right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichskonkursordnung, Kassel 1883.
Otto, Die Anfechtungen von Rechtshandlungen nach gemeinem sächsischen und deutschen Reichsrecht.
Petersen-Kleinfeller, Kommentar, 4. Auflage, 1900.
Preussische Konkursordnung.
Rintelen, System und Darstellung des gesamten neuen Prozessrechts, Band III, 2. Auflage, 1902.
Sarwey-Bossert, Kommentar, 4. Auflage, 1901.
Schad, Der Gemeinschuldner der Reichskonkursordnung, Tübingen 1902.
Schmidt, Zivilprozessrecht.
Schollmeyer, Zwischenstreit, 1880.
Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen (1880).
Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts (1888).
Seufferts Archiv für die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes.

Stieglitz, Kommentar zur Konkursordnung (1879).
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Auflage, 1906/07.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, 1907/09.
Völderndorff, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 2. Auflage.
von Wilmowski-Kurlbaum, Kommentar, 6. Auflage, 1906.
Wolff, Kommentar zur Konkursordnung, 1900.
Willenbücher, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl., 1896.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1885.
Windscheid, Pandekten, Band II, 9. Auflage, 1906.
Zelk, Der Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners mit besonderer Berücksichtigung von Pacht und Miete. Rostock 1889.

Einleitend.

Leicht ergibt sich der Grundplan dieser Arbeit. Sie will die Einwirkung des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte im Allgemeinen — die durch die Konkursordnung besonders geregelten Fälle ausschliessend — behandeln. Die Grenzen des Stoffgebiets werden gesteckt, wenn wir zunächst auf den Einfluss der Eröffnung des Konkurses zu sprechen kommen und diese wieder zu den von ihr berührten schwebenden Rechtsgeschäften in Beziehung setzen, so den Kreis um die Rechtsverhältnisse ziehend, welche für uns hier in Betracht kommen. Darauf ist der Einfluss der Konkurseröffnung auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners zu betrachten und in engster Beziehung dazu wird die rechtliche Stellung des Konkursverwalters zu den vom Konkurs erfassten Rechtsgeschäften etwas eingehender zu erörtern sein. Nach diesem notwendig ersten Teil, dessen einzelne Abschnitte unter A. gruppiert sind, folgt der Hauptteil dieser Arbeit, den Einfluss des Konkurses auf die Erfüllung der von ihm erfassten schwebenden Rechtsgeschäfte behandelnd (B). Nach kurzen Ausführungen über die Einwirkung des Konkurses auf den rechtlichen Bestand wird auf die Erfüllung der einseitigen Rechtsgeschäfte eingegangen. Es wird dann in die nicht zu umfangreiche Erörterung der einseitigen Verträge und der zweiseitigen von einer Seite vollständig erfüllten Verträge eingetreten. So gelangen wir zum weitaus schwierigsten und bestrittensten Punkt der Arbeit, der konkursmässigen Behandlung von Verträgen, die von keiner Seite vollständig erfüllt sind. Sie erfolgt

unter B. b. γ. und dessen Unterabteilungen. Eine mehr eingehende Erörterung erheischt die interessante Rechtslage, die gegeben ist, wenn sich der Verwalter für Nichterfüllung entscheidet. Insbesondere, wie steht es hier mit dem Rückforderungsrecht des Gläubigers und des Verwalters, wenn auf Grund des schwebenden Vertrages schon Teilleistungen gemacht sind, der Vertrag also von keiner Seite vollständig erfüllt ist?

Zum Schluss (C) erübrigt es dann noch, auf die Wirkung früherer Parteivereinbarungen einzugehen, die dem Konkurse eine andere als die gesetzlich bestimmte Wirkung auf schwebende Rechtsgeschäfte geben wollen.

A.

Der Einfluss der Konkurseröffnung auf das schwebende Rechtsgeschäft.

I.

Im Allgemeinen.

Für den Einfluss des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte ist zunächst die Tatsache der Konkurseröffnung, der Augenblick an dem der Eröffnungsbeschluss erlassen wird, von weitgehender Bedeutung. Vor Erlass der preussischen Konkursordnung weist sowohl die Gesetzgebung als auch die Theorie eine reiche Mannigfaltigkeit in der Beantwortung dieser, mit der bekannten Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Konkurse zusammenhängenden Frage auf. Man stritt, ob kraft Gesetzes von selbst oder durch besonderen richterlichen Ausspruch und ferner mit welchem Zeitpunkt die rechtlichen Folgen des Konkurses begründet werden sollen. Insbesondere war es nach gemeinem Recht lebhaft umstritten, ob der Eintritt der Wirkungen von Rechtswegen erfolgt oder nicht.

Die Motive erachten es aber als unzweifelhaft, dass alle Wirkungen, die das Verfahren auf die materiellen Rechtsverhältnisse ausübt, von Rechtswegen, ohne dass es eines besonderen richterlichen Ausspruches bedarf, eintreten müssen. „Und soll die Sicherheit des Verkehrs mit der Sicherung der vorhandenen Gläubiger vereinigt werden, so muss als Zeitpunkt, von dem ab die rechtlichen Folgen eintreten sollen, derjenige festgehalten werden, an welchem das Verfahren — nicht begründet oder vorbereitet — sondern eröffnet worden ist.“ [1])

[1]) Motive, S. 33.

Von diesem Zeitpunkt an verliert der Gemeinschuldner „die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.“ [1]) Dieser Moment entscheidet darüber, welche der schwebenden Rechtsgeschäfte in das Konkursverfahren hineingezogen werden. Dieser Augenblick ist aber auch endlich massgebend für die Einwirkung des Konkurses auf die Erfüllung der vom Konkursverfahren berührten Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners.

II.

Die von der Konkurseröffnung berührten Rechtsgeschäfte.

Das Rechtsgeschäft besteht aus einer oder mehreren Willenserklärungen, ist aber nicht mit einer solchen identisch. [2]) Unter „schwebenden Rechtsgeschäften“ verstehen wir solche, die vor der Eröffnung des Konkurses rechtsgültig abgeschlossen und zur Zeit der Eröffnung weder von dem Gemeinschuldner noch von dem anderen Teil oder von einem der beiden Kontrahenten vollständig erfüllt sind.

Für das Bestehen der Rechtsgeschäfte zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens sind die Grundsätze des bürgerlichen Rechts massgebend.

Für unsere Betrachtung scheiden demnach ohne weiteres aus diejenigen Rechtsgeschäfte, die in dem Augenblicke, in dem der Eröffnungsbeschluss erlassen ist, bereits erfüllt sind, aber auch die anfechtbaren Geschäfte. Denn nach § 142 B. G.-B. „ist ein anfechtbares Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen, und wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen“.

---

[1]) Vergl. § 6 K.-O.

[2]) Vgl. hierzu auch die Ausführungen über „das Wesen der Schuldverhältnisse“ von *Oertmann* in seinem „Recht der Schuldverhältnisse“ S. 1 ff.

Bei den dinglichen Rechtsgeschäften, welche rechtliche Beziehungen zwischen der Person und den Sachgütern erzeugen, kann nicht recht wohl von einer Erfüllung die Rede sein. Dem dinglichen Rechte, das die Sache unmittelbar ergreift, entspringen zwar auch gewisse Ansprüche des Berechtigten, falls sich andere Personen mit dem Inhalt des Rechts in Widerspruch setzen.

Immerhin wurzelt aber dann der Grund dieser Ansprüche nicht in dem dem dinglichen Recht zu Grunde liegendem Rechtsgeschäft, sondern in dem dinglichen Rechte selbst. Der Anspruch aus dem dinglichen Recht „ist auch in Inhalt und Richtung im Gegensatz zu der Mannigfaltigkeit der persönlichen Ansprüche ein für allemal fest bestimmt, indem er als solcher immer nur auf Herstellung eines dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes gehen kann".[1])

Von einer Erfüllung kann daher nur bei solchen Rechtsgeschäften gesprochen werden, die eine persönliche Verbindlichkeit des Schuldners zu einer Leistung an den forderungsberechtigten Gläubiger begründen. Es kommen somit im Rahmen dieser Arbeit nur die persönlichen Rechtsgeschäfte in Betracht.

Aber auch diese werden nicht ohne Ausnahme von dem Konkursverfahren in Mitleidenschaft gezogen.

Nach §§ 1 und 3 der Konkursordnung besteht der Zweck des Konkursverfahrens darin, das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben, zu verwerten.

Mit diesen Bestimmungen sind gleichzeitig die in Frage stehenden persönlichen Rechtsgeschäfte scharf umgrenzt.

Es fallen weg alle diejenigen, die dem Zwecke des Konkurses nicht dienstbar gemacht werden können. Hierhin

---

[1]) *Oertmann,* Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 3.

gehören sowohl mit Bezug auf die Aktivmasse gewisse Rechtsgeschäfte die einen Anspruch des Gemeinschuldners, und in Hinsicht auf die Passivmasse bestimmte Rechtsgeschäfte, die einen Anspruch Dritter gegen den Gemeinschuldner begründen.

a) Ist der Gemeinschuldner forderungsberechtigt, dann müssen unbeachtet bleiben:

1. Solche Rechtsgeschäfte, die familienrechtliche Beziehungen des Gemeinschuldners zu dritten Personen regeln, da die durch sie begründeten Forderungen keinen Vermögenswert repräsentieren, das Konkursverfahren sich aber nur auf die vermögensrechtlichen Beziehungen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger bezieht. Daher sind Statusrechte, die Rechte der elterlichen Gewalt, die Rechte der Ehegatten gegeneinander, z. B. das Recht des Ehemannes, ein Dienstverhältnis seiner Ehefrau zu kündigen (§ 1358 B. G.-B.), die Rechte des Vormundes von der Aktivmasse ausgeschlossen.

2. Solche Ansprüche, die, mögen sie auch durch Hingabe von bestimmten Vermögenswerten erworben sein, für die Konkursmasse nicht verwertbar sind. Hierhin gehören die Ansprüche auf persönliche Dienstleistungen (z. B. Rechtsgeschäfte auf Grund deren dem Gemeinschuldner oder dessen Familie Unterricht oder ärztliche Behandlung oder Krankenpflege zu gewähren sind). Alle rein persönlichen Rechte[1]) gehören hierher: „Seine rein persönlichen Rechte gehören schon an und für sich nicht zur Konkursmasse; es können aber auch diejenigen Ansprüche nicht durch den Verwalter für die Konkursmasse ausgeübt werden, deren Leistung nur an

---

[1]) Alle rein persönlichen Rechte, jura personalissima, die sich als Besonderheiten einer bestimmten Person darstellen und sich aus deren besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten ergeben. Wir denken an das Namens- und Zeichenrecht (Marken, Wappen und Siegel) und an das Recht am eigenen Bilde. So kann z. B. die Firma des Gemeinschuldners ohne seine Zustimmung nicht veräussert werden.

Vgl. die ausführliche Abhandlung in *Gierke,* Deutsches Privatrecht Bd. I § 8. *Jäger,* Konkursordnung Anm. 6a. E. R. G. 9, 104; J. W. 1894 S. 316. Bez. des Urheber- und Patentrechts vgl. S. 7 a, 4.

und für die Person des Gemeinschuldners ohne eine Beziehung auf das die Konkursmasse bildende Vermögen auszuführen und deren Verwertung für die Konkursmasse ausgeschlossen ist."

„So kann von einer Anwendung der §§ 15—19 auf ein Kontraktverhältnis des Gemeinschuldners mit seinem Hausarzt oder mit einer Amme oder dem Erzieher seiner Kinder nicht die Rede sein. Ob gegenüber dem Gemeinschuldner diese Verträge bestehen bleiben, oder ob infolge des über ihn ausgebrochenen Konkurses die Erfüllung derselben unterbleibt oder ihre Aufhebung eintritt, bestimmt sich nach den allgemeinen oder besonderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts."[1]) Hierher gehört z. B. nach § 664 Abs. 2 B. G.-B der Anspruch auf Ausführung eines Auftrages; die Ansprüche die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen (§ 717 B. G.-B.)[2]); als nicht übertragbar gehört weiter hierher der immaterielle Schaden aus § 847 B. G.-B im Falle der Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheitsentziehung; auch der Anspruch aus einem Schaden durch Tiere § 833 B. G.-B.[3])[4]).

---

[1]) Motive S. 64.

[2]) K.-G. Bd. 52 S. 35.

[3]) K.-G. Bd. 50 S. 244.

[4]) Sehr interessant ist die, weil hierher gehörig, kurz zu erwähnende Controverse, unter welchen Umständen Urheberrechte an Schriftwerken, Abbildungen, an dramatischen Werken oder Kompositionen der Aktivmasse, zu der sie, da übertragbar und veräusserbar, an und für sich gehören, dieser entzogen werden können. Es wird zu unterscheiden sein: Hat der Verfasser die Veröffentlichung seines Werkes vor Eröffnung des Konkurses erklärt, so gehören unstreitig alle daraus entstehenden Rechte zur Masse. Wie ist es aber, wenn vor der Konkurseröffnung der Verfasser noch keine Bestimmung über die Veröffentlichung getroffen hat. Die herrschende Meinung, insbesondere *Wächter,* Das Autorenrcht, I, S. 113 ff., *Klostermann,* Das Urheberrecht, S. 141 ff. sieht in dem Recht, ein Werk zu veröffentlichen, ein rein persönliches, und lehnt eine Veröffentlichung gegen den Willen des Autors ab. Sie sieht darin einen Eingriff in „die geistige Persönlichkeit des Verfassers". Auch *Dernburg,* pr. Privatrecht, Bd. 2, S. 109, will jedenfalls die Vorfrage, ob das Manuskript druckreif sei, dem Verfasser überlassen, bezw. dessen Erben. Andere, insbesondere *Wolff,* S. 28 ver-

3. Es gehören schliesslich weiter hierher unpfändbare Forderungen (z. B. unpfändbare Einkünfte des Gemeinschuldners).

Es sei hier u. a. vor allem verwiesen auf die besonderen Bestimmungen des § 850 Z. P.-O.

b) Der Cridar als Schuldner.

Nur die zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens bestehenden Ansprüche können im Konkurse geltend gemacht werden, die auf eine Leistung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners gerichtet sind und zu deren Realisierung daher die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Cridars erfolgen müsste, wenn er sich nicht im Konkurs befände.

Demnach scheiden aus:

α) Das nicht eine Schuldforderung an den Gemeinschuldner begründende Rechtsgeschäft, d. h. solche, welche keinen vermögensrechtlichen Anspruch gewähren; z. B. Verlöbnisse, der Anspruch auf uns widerrechtlich vorenthaltene Kinder.[1])

---

neinen ein rein persönliches Recht auf Veröffentlichung eines Werkes. Sie stützen sich auf § 1 des Gesetzes vom 11. Januar 1870 wonach dieses Recht übertragbar ist und geben dem Verwalter die Ausübung dieses Rechtes, die Bestimmung darüber an Stelle des Autors, ob ein Werk veröffentlicht werden soll. — Wir vermögen dem nicht zuzustimmen. Mag in manchen Fällen die Art des geistigen Produkts, man denke nur an platte Zugstücke, die schützende Rücksicht nicht verdienen, mag da von einem Eingriff in „die geistige Persönlichkeit" nicht gesprochen werden können, die geistige, die wissenschaftliche Arbeit als solche, darf aber solchen Eingriffen des Konkursverwalters nicht ausgesetzt sein. Um eines vielleicht noch recht zweifelhaften Ertrages wegen dürfen nicht alle höheren Erwägungen über die Zweckmässigkeit einer Veröffentlichung von vielleicht grösster wissenschaftlicher Tragweite völlig beiseite geschoben werden. Der Autor kann sich nicht trennen von seinem Werke, es genügt ihm selbst nicht, er hofft noch andere weitere Gesichtspunkte zu finden. Da reisst ihm seine Geistesarbeit, der er selbst noch nicht sein imprimatur geben wollte, mit rauher Hand ein dritter aus der Hand. Wir glauben, dass es ein unübertragbares, ja eigentlich ein für dritte im Grunde noch nicht existierendes Recht des Autors ist, über die Veröffentlichung zu bestimmen. Es ist ein höchst persönliches Recht, das von der Konkurseröffnung nicht berührt wird.

[1]) Vgl. *Oertmann* a. a. O. S. 10 und die dort Aufgeführten.

β) Rechtsgeschäfte, die einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Sache begründen. Demnach kommen hier nicht in Betracht die Ansprüche aus § 43 K.-O. auf Aussonderung. Ihre Ansprüche werden durch den Konkurs nicht berührt. Sie zählen nicht mehr wie nach gemeinem Recht und noch nach § 296 A. G.-O. I 50 als Vindikanten oder Separatisten ex jure dominii zu den Konkursgläubigern.

γ) Solche auf Grund deren der Gemeinschuldner zu einer persönlichen Handlung oder Unterlassung verpflichtet ist (Ausführung einer künstlerischen oder schriftstellerischen Arbeit).

Hat aber bereits vor Konkurseröffnung durch irgend eine Tatsache eine Umwandlung dieser drei vorbenannten Ansprüche in einen Vermögensanspruch stattgefunden, dann übt der Konkurs insofern auf das Rechtsgeschäft einen Einfluss aus, als dieser Vermögensanspruch nunmehr Konkursforderung wird.

Jedoch bedarf es noch bezüglich des Punktes zu γ der einschränkenden Unterscheidung, ob die Handlung zu deren Vornahme der Cridar verpflichtet ist, durch einen Dritten vorgenommen werden kann, oder nicht.

γ[1]) Sie kann nicht vorgenommen werden: „Es versteht sich ganz von selbst — besagen die Motive — dass Ansprüche gegen den Gemeinschuldner auf Leistung oder Unterlassung einer individuellen von seiner Person untrennbaren Handlung, welche einen Vermögenswert nicht darstellt oder eine Schätzung nicht zulässt, dem Konkursverfahren fremd bleiben müssen.“ [1])

Dieses steht auch in keinem Widerspruch zu der Bestimmung in § 888 Z. P.-O., wonach der Cridar zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mk. oder durch Haft angehalten werden kann. Immerhin ist diese Zwangsvollstreckung nur gegen die Person des Schuldners gerichtet, es kann daher aus der Verpflichtung ein

[1]) Motive, S. 25.

Vermögensanspruch nicht entstehen und somit ist eine Teilnahme am Konkurse ausgeschlossen.[1]) Nur wenn diese Ansprüche auf persönliche Leistungen, was jedoch selten der Fall sein dürfte, in Geld, namentlich in Entschädigungsforderungen umgewandelt werden können, sind sie als Konkursforderungen zuzulassen.[2])

γ[2]) Ist dagegen die Handlung vertretbar, dann ist gemäss § 887 Z. P.-O. der Gläubiger von dem Prozessgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen. Wie steht es diesem Falle mit den dem Gläubiger durch die Vornahme dieser Handlung erwachsenden Kosten?

Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Gläubiger, falls er bereits vor der Konkurseröffnung diese Handlung durch einen Dritten hat vornehmen lassen, mit seinem Ersatzanspruch Konkursgläubiger wird.

Das Gleiche muss gelten, wenn der Gläubiger nach Massgabe der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts schon vor der Konkurseröffnung auch ohne Anrufung des Gerichts ohne weiteres berechtigt ist, die Handlung durch einen Dritten bewirken zu lassen.

Für den Fall aber, dass es noch unentschieden ist, ob der Cridar die Handlung vornehmen wird, oder nicht, erscheint es bedenklich, den Gläubiger im Konkurse mit einer bedingten Geldforderung für die ihm durch die Vornahme durch einen Dritten möglicherweise entstehenden Kosten zuzulassen.

Der Gläubiger hat nur ein Recht auf eine Handlung, an deren Vornahme der Gemeinschuldner durch die Eröffnung des Konkurses nicht gehindert wird.

Er kann daher unseres Erachtens später entstehende Kosten im Konkurse nicht liquidieren.

---

[1]) Vgl. *Sarvey-Bossert,* Kommentar S. 55, *Zelck,* Der Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, S. 15 ff.

[2]) Vgl. *Petersen-Kleinfeller,* § 3 a 3.

δ) Es scheiden schliesslich weiter aus, Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden und von Todeswegen (§ 63_4 Konkursordnung).

Der Gesetzgeber würde, wie treffend die Motive ausführen, mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn er verlangen wollte, dass ein Schenkungsversprechen aus der Konkursmasse ebenso erfüllt würde, wie eine entgeltliche Verfügung, während sogar die schon geschehene Erfüllung einer Freigebigkeit nach Massgabe des § 32 Konkursordnung ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Empfängers der Anfechtung ausgesetzt wird.[1])

Dieses gilt natürlich auch für ein nach § 780 B. G.-B. zur Erfüllung der Schenkungsverpflichtung gegebenes Schuldversprechen. Denn dieses ist ein Rechtsakt, der eine Forderung aus der Freigebigkeit erzeugt; diese Forderung unterliegt daher der Vorschrift des § 83. Das gleiche gilt auch von dem zur Erfüllung des Schenkungsversprechens gegebenen Wechsel.[2])

c) Insbesondere die Vertragsstrafe.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf hier noch die Vertragsstrafe. Unbestritten ist, dass die vor der Konkurseröffnung verfallene Strafe als Konkursforderung geltend gemacht werden kann (§ 62 Nr. 2 Konkursordnung).

Von einigen Schriftstellern wird aber die Frage, ob die nach der Konkurseröffnung für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung bedungene Vertragsstrafe verfällt, aus dem Grunde verneint, weil die infolge des Konkurses eintretende Nichtbefriedigung oder Verzögerung der Befriedigung, wie wir unten näher auszuführen haben, ebenso wenig gestraft werde.[3]) Dem kann aber in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht und den Motiven nicht beigepflichtet werden.[4]) Wenn dem Gegenkontrahenten infolge der durch

---

[1]) Motive, S. 271.

[2]) Anderer Meinung: *v. Wilmowski,* Anm. 2.

[3]) *Fitting,* Lehrbuch S. 365.

[4]) E. R.-G. Bd. 26 S. 92; Bd. 49 S. 192; *Jäger,* Kommentar S. 152; *Petersen-Kleinfeller* S. 329; *Sarvey-Bossert* S. 292.

die Eröffnung des Konkursverfahrens eintretenden Nichterfüllung gemäss § 26 Konkursordnung eine Forderung wegen der Nichterfüllung gegeben wird, dann ist den Vorschriften des bürgerlichen Rechts gegenüber kein Grund ersichtlich, weshalb eine festgesetzte Konventionalstrafe nicht geltend gemacht werden könne; ist doch die Vertragsstrafe im Grunde als das im voraus bestimmte Interesse anzusehen, das der eine Kontrahent dem anderen bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrags zu vergüten hat.[1]) Sie ist eine schon vor der Konkurseröffnung vertragsmässig begründete Verpflichtung des Schuldners und sonach als Konkursforderung zu betrachten.

Anders gestaltet sich allerdings die Rechtslage, wenn der Gemeinschuldner bei Vermeidung einer Konventionalstrafe sich verpflichtet hat, eine bestimmte Handlung zu unterlassen und diese Handlung später doch vom Konkursverwalter vorgenommen wird (z. B. eine Vertragsstrafe ist verabredet für den Fall, dass der Gemeinschuldner seine Ware unter einem bestimmten Preise verkauft, der Konkursverwalter aber nachher unter diesem Preise die Ware veräussert). Das hier vereinbarte Verbot richtet sich nur gegen die Person des Verpflichteten und gegen ein Handeln in seinem Geschäftsbetriebe. So wenig die Vertragschliessenden daran gedacht haben, dass die Konventionalstrafe verwirkt werde, wenn Gläubiger Ware pfänden und in der Zwangsversteigerung unter dem in dem Vertrage bestimmten Preise verkaufen, ebensowenig können sie daran gedacht haben, dass die Strafe nach Eröffnung des Konkurses durch den Verkauf des Verwalters verwirkt werde.

Auch widerspricht es dem noch auszuführenden Grundsatze, dass der Verwalter bei der ihm gesetzlich obliegenden Verwertung der Masse nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern kraft einer ihm vom Gesetz übertragenen Pflicht handelt. Kann der Anspruch auf die Vertragsstrafe einerseits nicht als eine „aus einer Handlung des Konkursverwalters“ entstandenen Massenschuld gelten, so muss anderer-

[1]) *Jäger,* Kommentar S. 152; *Sarvey-Bossert,* Kommentar S. 292, *Petersen-Kleinfeller,* Kommentar S. 329.

seits ihre Existenz als Konkursforderung schon deswegen negiert werden, weil sie zur Zeit der Konkurseröffnung nicht einmal dem Grunde nach weder bedingt, noch betagt bestand.

Der Anspruch ist zwar „bedingt" bereits mit dem Versprechen einer Konventionalstrafe entstanden. Die Erfüllung dieser Bedingung wird aber mit der Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner unmöglich, da ihm ja von diesem Zeitpunkt an das Verfügungsrecht über die zur Konkursmasse gehörigen Rechtsgeschäfte genommen ist. Das aber unter einer aufschiebenden Bedingung eingegangene Rechtsgeschäft muss von dem Zeitpunkte an als wirkungslos erachtet werden, in dem die Unmöglichkeit ihrer Erfüllung eintritt. Es würde auch der Gemeinschuldner durch eine nach der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlung die Masse belasten können, was nach § 7 K.-O. ausgeschlossen sein soll.[1])

Zum Schluss dieses Abschnittes sei noch kurz darauf hingewiesen, in welcher Weise Streitigkeiten des Konkursverwalters und des Gemeinschuldners über die vom Konkurse berührten Rechtsgeschäfte auszutragen sind.

Ohne weiteres leuchtet es ein, dass, gestützt auf die §§ 83, 84 Konkursordnung, der Gemeinschuldner im Aufsichtswege eine Entscheiduug über eine vom Verwalter bestrittene Beschlagsfreiheit nicht beanspruchen kann. Das Konkursgericht hat nur die Amtstätigkeit des Verwalters zu beaufsichtigen und gegen eventuelle Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Massregeln einzugreifen. Keineswegs kann es aber auch als Instanz für streitige Rechtsfragen angerufen werden.

Im übrigen ist zu unterscheiden, ob das streitige Rechtsgeschäft im Wege der Zwangsvollstreckung für den Konkurs in Beschlag gelegt wird oder nicht.

Ersteren Falls kann nur nach § 766 Z.-P.-O. gegenüber dem Vorgehen der Vollstreckungsorgane der Streit zum Austrag gelangen;[2]) letzterenfalls aber muss, wenn der Verwalter bloss durch seine Verwaltungstätigkeit, die ja nicht mit staat-

[1]) Siehe J. W. 1904 S. 558.

[2]) Vergl. R.-G., Bd. 40, S. 365.

licher Zwangsgewalt ausgestattet ist, das Rechtsgeschäft zum Konkurse zieht, der Gemeinschuldner seinen Anspruch im ordentlichen Klagewege geltend machen.

Die Frage ist übrigens recht bestritten.[1]) Die hier vertretene Ansicht ist die des Reichsgerichts. Es geht in der angezogenen Entscheidung von der Annahme aus, dass Entscheidung durch Beschluss nur zulässig sei, wenn der Verwalter den Besitz auf Grund des § 117 „im Zwangswege gegen den Gemeinschuldner" erlangt habe. Habe dagegen der Verwalter den Besitz ohne Zwangsmassregeln erlangt, so sei die Entscheidung nur im Prozesswege zulässig, weil der § 766 Z.-P. O. sich auf Vollstreckungshandlungen durch Vollstreckungsorgane, nicht auf den Verwalter und dessen Handlungen beziehe. Zuständig ist, was auch bestritten ist, nicht das Vollstreckungsgericht sondern das Konkursgericht.[2]) Denn es handelt sich hier um die Entscheidung über die Feststellung der Aktivmasse, die zum Konkursverfahren gehört. Nach § 71 K.-O. ist aber für das Konkursverfahren das Konkursgericht ausschliesslich zuständig. Streitigkeiten des Verwalters mit dritten Personen, aber auch mit Familienmitgliedern des Gemeinschuldners und auch Aussonderungsberechtigten können nur im Klagewege entschieden werden, da das Konkursgericht keine Kognition über Rechte dritter Personen hat.

III.

Die rechtliche Stellung des Gemeinschuldners und des Konkursverwalters in bezug auf das schwebende Rechtsgeschäft.

a) Der Gemeinschuldner.

Die vornehmlichste Wirkung der Konkurseröffnung auf die schwebenden Rechtsgeschäfte besteht darin, dass mit der

[1]) Bejaht: *Seufferts* Archiv, Bd. 51, Nr, 249; *Jäger,* Kommentar, S. 19; R.-G., Bd. 36, S. 398 ff.; *Petersen-Kleinfeller* § 1, Anm. 1; K.-G. Bd. 36 § 398. Abweichend: *v. Sarvey-Bossert* § 1 a. 8.

[2]) Vgl. Wolff, S. 31, 32. Anderer Ansicht *v. Sarvey-Bossert* § 1 Anm. 8.

Konkurseröffnung der Gemeinschuldner gemäss § 6 Konkursordnung das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen verliert, und dieses durch den Konkursverwalter ausgeübt wird; ersterer also nach der Konkurseröffnung nicht mehr in der Lage ist, das Rechtsgeschäft, soweit es ihn verpflichtet, zu erfüllen oder soweit es ihn berechtigt, Erfüllung zu verlangen. Es muss aber doch im voraus daran festgehalten werden, dass der Gemeinschuldner auch nach der Konkurseröffnung Eigentümer des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens, mithin auch Schuldner des ihn verpflichtenden und Gläubiger des ihn berechtigenden Rechtsgeschäftes bleibt.[1]) Er ist also immer noch Subjekt der Konkursgegenstände und der in die Konkursmasse fallenden persönlichen und dinglichen Rechte. Wie auch aus der unzweideutigen Fassung des § 6 Konkursordnung zu entnehmen ist, wird nur die Ausübung dieser Rechte, soweit sie die Konkursmasse betreffen, während der Dauer des Konkursverfahrens von seiner Person getrennt und geht auf den Verwalter über.

Alle nicht vermögensrechtlichen und alle nur das konkursfreie Vermögen betreffende Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners sind aber vollwirksam.

b) Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters.

Die Frage nach der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters einerseits dem Gemeinschuldner und andererseits den Konkursgläubigern gegenüber, hat von jeher zu weitgehenden Controversen Veranlassung gegeben. Die gemeinrechtliche Theorie, die eine Universalsuccession der Gläubigerschaft in das Vermögen des Cridars statuiert,[2]) ist durch § 5 Konkursordnung ohne weiteres als abgetan zu betrachten. Auch für die in früherer Zeit sehr verbreitete, von *Seuffert*

---

[1]) Vergl. R.-G., Bd. 1, S. 389, Bd. 2, S. 23.

[2]) Vergl. *Günther*, Der Konkurs der Gläubiger nach gemeinem deutschen Recht, S. 26.

wieder aufgenommene Doktrin, wonach die Gläubiger ein Pfandrecht erwerben, bieten die Bestimmungen der Konkursordnung nicht den geringsten Anhaltspunkt.[1])

Eine Absicht des Gesetzgebers mit der Konkurseröffnung irgend welche privatrechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Konkursmasse eintreten zu lassen, kann nicht nachgewiesen werden; es wurde nur bestimmt, dass die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben, dienen soll.[2])

Die Frage aber, ob der Konkursverwalter der gesetzliche Vertreter der Gläubiger oder des Gemeinschuldners oder ob er etwa eine neutrale Stellung zwischen beiden einnimmt, ist von der Konkursordnung offen gelassen und mithin der Wissenschaft zur Lösung überlassen.[3]) Sie ist dann auch zu einer der umstrittensten des ganzen Konkursrechts geworden.

Hier interessiert sie uns nur insofern, als sie die Stellung des Verwalters in Bezug auf die vom Cridar vorgenommenen noch schwebenden Rechtsgeschäfte charakterisiert. Es erscheint daher geboten, in Kürze hierzu Stellung zu nehmen.

Die Doktrin spaltet sich in zwei Hauptgruppen. Die eine wollen wir mit *Jäger* die Amts- die andere die Vertretungstheorie nennen.[4])

1. Die Vertretungstheorie.

Nach dieser nimmt der Verwalter die Stellung eines Vertreters ein. Die Anhänger dieser Theorie sind aber bei der Beantwortung der Frage, wen der Konkursverwalter vertritt, verschiedener Ansicht.

α) Am meisten verbreitet ist die Lehre von der Stellvertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter,

---

[1]) Vergl. die ausführliche Darstellung in *Oetker*, Über den Einfluss der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge, S. 1—13.

[2]) Vergl. § 3 K.-O.

[3]) Motive zum Entwurf der K.-O., S. 16.

[4]) Vergl. *Jäger*, Kommentar S. 59.

die auch den Motiven zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung zu Grunde gelegt wurde.[1])

Die Vertreter dieser Lehre erachten als Hauptargument für ihre Ansicht die Tatsache für ausreichend, dass die vom Verwalter vorgenommenen Handlungen für den Gemeinschuldner bindend sind, dass letzterer hierdurch berechtigt und verpflichtet wird.

Hieraus folgern sie die Vertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter in bezug auf die vom Konkurse berührten Rechtsgeschäfte.[2])

Hiergegen sind aber schwerwiegende Bedenken geltend zu machen. Zunächst ist aus dem Umstande allein, dass das Gesetz dem Gemeinschuldner die Dispositionsbefugnis über die Masse entzieht, sie dem Verwalter überträgt und dieser das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen ausübt, noch keineswegs zu entnehmen, dass der Verwalter hierdurch zum Vertreter des Gemeinschuldners wird.

Diese Auffassung ist vielmehr mit manchen Bestimmungen der Konkursordnung kaum zu vereinbaren. So widerspricht dem Begriffe der Vertretung des Gemeinschuldners, dass der Verwalter den Gemeinschuldner zum Offenbarungseid vorladen,[3]) Rechtshandlungen desselben anfechten[4]) und die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen Gegenstände bei der zuständigen Behörde gegen den Gemeinschuldner betreiben kann.[5])

---

[1]) Motive zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung, S. 13 ff.

[2]) So *Petersen,* im Sächs. Archiv, Bd. 1, S. 11 ff; *Fitting,* S. 30 ff, 156; *Endemann,* S. 423; *Voss* im Archiv für ziv. Praxis, Bd. 71, S. 285; *Wolff,* Kommentar, § 6, Anm. 6; *Schmidt,* Zivilprozessrecht, S. 152: *Biermann,* Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, S. 100 ff; *Mandry-Geib.* S. 552; *Schollmeyer,* Zwischenstreit, Bd. 1, S. 97/98; *Willenbücher,* Anm. 3 zu § 5; *Fuchs,* S. 103; *Petersen-Kleinfeller,* Kommentar, S. 43; *von Wilmowski-Kurlbaum,* Kommentar, S. 58.

[3]) § 125 K.-O.

[4]) §§ 29 ff. K.-O.

[5]) §§ 126, 127 K.-O.

Ferner kann andererseits nur der Gemeinschuldner, nicht auch der Verwalter den Vorschlag eines Zwangsvergleiches einbringen.[1]) Damit erscheint zur Genüge die Unrichtigkeit obiger Theorie dargetan zu sein.

β) Aber ebensowenig wie eine Stellvertretung des Cridars durch den Konkursverwalter, kann eine solche der Gläubiger oder Gläubigerschaft durch den Verwalter konstruiert werden.

Zur Begründung dieser Theorie wird vorgebracht, dass die Tätigkeit des Verwalters in der Hauptsache den Interessen der Gläubiger,[2]) nicht auch den des Gemeinschuldners gewidmet ist.[3])

Demgegenüber ist aber zu betonen, dass der Verwalter nicht nur für, sondern auch gegen die Gläubiger auftreten muss, insbesondere ist ihm das Recht ausdrücklich gegeben, gemäss § 99 Konkursordnung in der Gläubigerversammlung entgegen dem Beschluss der Gläubigerversammlung Anträge zu stellen.

γ) Andere erblicken in dem Verwalter den Vertreter des Gemeinschuldners und der Gläubiger.[4])

δ) Eine vierte Klasse von Schriftstellern betrachten den Verwalter in bezug auf sein Anfechtungsrecht als Vertreter des Gemeinschuldners, im übrigen aber als Vertreter der Gläubiger.[5])

---

[1]) § 173 K.-O.

[2]) §§ 88, 110, 80, 134 K.-O.

[3]) Vergl. *Kohler,* Lehrbuch des Konkursrechts, S. 399; *Hellmann,* S. 968, 973; *Planeck,* Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Bd. I, S. 211.

[4]) Namentlich *Dernburg,* preussisches Privatrecht, Bd. 2, S. 291; *Stieglitz,* Anm. 4, zu § 5; *Korn,* Anfechtungen von Rechtshandlungen des Schuldners in und ausserhalb des Konkurses, S. 24, 167.

[5]) *Otto,* Die Anfechtung von Rechtshandlungen nach gemeinem, sächsischen und deutschen Reichsrechte, S. 155 ff.; *Wach,* Bd. I, S. 543 ff.; *Schultze,* S. 36—39; *Jäger,* Kommentar, S. 60; *Cosack,* Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses, S. 234; *Grützmann,* Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger, S. 204.

Die Haltlosigkeit der beiden vorstehenden Theorien offenbart sich unseres Erachtens schon darin, dass eine gemeinschaftliche oder teilweise Vertretung von Schuldner und Gläubiger ohne Interessenkollision schlechthin nicht denkbar ist.

ε) Wieder andere schreiben der Konkursmasse Rechtspersönlichkeit zu.

Nach ihnen vertritt der Verwalter die Konkursmasse.[1]) Aber auch diese Ansicht ist um deswillen zu verwerfen, weil die Konkursmasse kein subjektloses Vermögen wird, sondern wie wir oben bereits vorausgeschickt haben, Vermögen des Gemeinschuldners ist und bleibt.

2. Die Amtstheorie.

In diesem Widerstreit der Theorien, der sich auch in der Rechtsprechung spiegelt, bekennen wir uns mit dem Reichsgericht für die sogenannte Amtstheorie, wonach der Verwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zwecks des Konkurses ist; er erscheint nicht als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, auch nicht als der des Gläubigers, sondern er tritt aktiv und passiv kraft eigener Befugnis auf.

Auf dem Wege der Vertretungstheorien kann man nicht zu einer einheitlichen Konstruktion gelangen: Eine solche lässt sich nur dadurch gewinnen, dass man in dem Konkursverwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ erblickt, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar dem Gesetze entnimmt. Er handelt nicht als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger, denn seine Funktionen gehen über den Kreis der rechtlichen Befugnisse dieser hinaus. Er handelt auch nicht als Vertreter der Konkursmasse, die überhaupt kein Vermögenssubjekt, sondern ein der Verfügung des

---

[1]) *von Völderndorff,* Bd. I, S. 39 ff.; *Eccius,* Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, 6. Aufl., Bd. I, S. 797.

Konkursverwalters unterworfenes Vermögensobjekt ist. Er handelt lediglich kraft gesetzlichen Auftrags zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgabe.

Hat er dabei auch die Interessen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger wahrzunehmen, so geschieht dies doch nicht in stellvertretender Ausübung von rechtlichen Befugnissen dieser Personen, sondern in Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Pflichten.[1])

Wir kommen somit zu dem Resultat:

Die von dem Konkursverwalter in bezug auf die schwebenden Rechtsgeschäfte vorgenommenen Handlungen erscheinen nicht als Ausfluss einer Vertretungsbefugnis eines oder beider Kontrahenten, sondern es entnimmt der Verwalter die Befugnis zur Ausübung der ihm übertragenen Rechte und Pflichten unmittelbar dem Gesetz.

---

[1]) So R.-G., Bd. 29, S. 36, vergl. auch Bd. 53, S. 193, Bd. 55, S. 266, Bd. 58, S. 18, Bd. 152, S. 333.

B.

Die Einwirkung des Konkurses auf den rechtlichen Bestand und die Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte.

Nachdem wir nun festgestellt, welche der schwebenden Rechtsgeschäfte vom Konkursverfahren in Mitleidenschaft gezogen werden, und welche Stellung der Konkursverwalter diesen gegenüber einnimmt, gehen wir zur Erörterung der den Hauptteil der gestellten Aufgabe bildenden Frage über: Inwieweit wird das vom Konkursverfahren berührte, schwebende Rechtsgeschäft durch den Konkurs modifiziert; ändert sich der rechtliche Bestand der Rechtsgeschäfte und wie steht es mit der Erfüllung?

I.

Auf den rechtlichen Bestand.

Nach konstanter Lehre und Rechtsprechung ist die von den Motiven vertretene Ansicht aufgenommen, dass der rechtliche Bestand der von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, die an sich gültig abgeschlossen sind, und der Anfechtung nicht unterliegen, durch die Eröffnung des Konkursverfahrens im allgemeinen nicht in Frage gestellt werden kann. Denn weder der Umstand, dass das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, alle seine Gläubiger zu befriedigen, noch die Tatsache, dass dasselbe seiner Verfügung entzogen und zur Befriedigung der Gläubiger verwendet wird, ist geeignet, die Ungültigkeit oder die Aufhebung eines gültig entstandenen Rechtsverhältnisses zu bewirken. [1])

[1]) Vergl. Motive, S. 62.

Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass ein in das Konkursverfahren hineingezogenes Rechtsgeschäft während des Konkurses in seinem rechtlichen Bestande modifiziert wird. Dann aber wird niemals der Grund hierzu in der Eröffnung des Konkurses zu suchen sein, sondern regelmässig in dem Rechtsgeschäfte selbst.

II.

Auf die Erfüllung.

Es kann somit nur in Frage kommen, ob und inwieweit ein schwebendes Rechtsgeschäft in der Art und Weise der Erfüllung durch das Konkursverfahren modifiziert wird. Hierbei haben wir die Unterscheidung zu treffen, ob das Rechtsgeschäft durch die Willenserklärung einer Person — einseitiges Rechtsgeschäft — oder durch die Willenserklärungen mehrerer Personen — zweiseitiges Rechtsgeschäft oder Vertrag — zustande gekommen ist. Im letzteren Falle ist wieder zu berücksichtigen, ob nur eine Partei zu einer Leistung verpflichtet ist — einseitiger Vertrag — oder aber ob beiderseitige Leistungspflichten im Vertrage begründet sind — zweiseitiger Vertrag —.

a) Einseitige Rechtsgeschäfte.

Die Einwirkung des Konkurses auf die Erfüllung einseitiger schwebender Rechtsgeschäfte sind mit wenigen Worten erschöpft, da die Behandlung eines solchen Rechtsgeschäftes im Konkurse keinerlei Schwierigkeiten bietet.

1. Forderungen des Gemeinschuldners an Dritte.

Der Einfluss des Konkurses äussert sich bei Forderungen des Gemeinschuldners an Dritte darin, dass diese Forderungen nunmehr Bestandteil der Aktivmasse und vom Verwalter eingezogen werden.

2 Forderungen Dritter an den Gemeinschuldner.

Umgekehrt werden Forderungen Dritter an den Gemeinschuldner Konkursforderungen, d. h. der Gläubiger kann nur noch eine anteilsnahme Befriedigung aus der Masse verlangen.

b) Verträge.

1. Einseitige Verträge.

Die einseitigen Vertragsverhältnisse bedürfen auch keiner näheren Besprechung, da das bezüglich des einseitigen Rechtsgeschäftes Gesagte auch für sie Platz greift. Ein Anspruch des Gemeinschuldners wird als Aktivum zur Masse gezogen, Forderungen gegen ihn sind als Passivum beim Konkurse anzumelden,

2. Zweiseitige Verträge.

Allgemein.

Erst bei der Behandlung zweiseitiger Verträge erheben sich grössere Schwierigkeiten, da die allgemeinen Grundsätze über die Abwickelung schwebender Rechtsgeschäfte durante concursu wegen der besonderen Natur des zweiseitigen Vertrages nicht als ausreichend erachtet werden konnten. Die Motive weisen prägnant auf die sich beim zweiseitigen Vertrage ergebenden Schwierigkeiten und auf die Notwendigkeit der Fixierung besonderer Normen für dieses Rechtsverhältnis hin: „Die Lösung dieser Schwierigkeiten lediglich der Anwendung allgemeiner Grundsätze des bürgerlichen Rechts und des Konkursrechts zu überlassen, erscheint bedenklich, da es fraglich sein würde, welche Vorschriften des bürgerlichen Rechts anzuwenden seien, ob die Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung eines Vertrages oder einer Unmöglichkeit seiner Erfüllung oder der Erfüllungsart, und zwar zufolge „Verschuldung“ des einen Kontrahenten oder zufolge eines „in der Person eingetretenen Zufalls“ oder zufolge eines „blossen

Zufalls“ – oder die Vorschriften über das Recht zum Rücktritt von den Verträgen wegen Verzugs oder wegen Veränderung der Umstände. Die Anwendung derselben auf das Konkursrecht der Praxis zu überlassen, würde daher nicht bloss einer unabsehbaren Verwirrung Raum geben, sondern es würde bei manchen Rechtssystemen auch einen unvermeidlichen Widerspruch mit notwendig festzuhaltenden Grundsätzen des Konkursrechts hervorrufen. [1])

Einer gesetzlichen Regelung für die Abwickelung zweiseitiger Verträge konnte daher nicht aus dem Wege gegangen werden. Es statuiert deshalb § 17 der Konkursordnung:

> „Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem andern Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen.
>
> Der Verwalter muss auf Erfordern des anderen Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf Erfüllung nicht bestehen.“

Was ist nun des näheren unter zweiseitiger Vertrag im Sinne der Konkursordnung zu verstehen? Welche zweiseitigen Verträge unterstehen den Regeln des § 17 Konkursordnung?

α) Natur des zweiseitigen Vertrages und § 17 der Konkursordnung.

Nur dann, wenn es sich um zweiseitige Verträge handelt, ist Raum für die Anwendung dieser Bestimmung. Hierunter sollen die gegenseitigen Verträge des bürgerlichen Rechts bezeichnet werden, das heisst solche, bei denen beiderseitige Verpflichtungen übernommen werden, die zueinander im Verhältnis zur Leistung und Gegenleistung stehen und die gegen-

[1]) Motive, S. 63.

einander als Äquivalent ausgetauscht zu werden bestimmt sind.[1]) Die preussische Konkursordnung hatte die Fassung gewählt: „Ein Rechtsgeschäft, das auf gegenseitige Leistung gerichtet ist“[2]) und der Code civil will das nämliche Verhältnis treffen, wenn er sagt: „Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractanants s'obligent réciproquement les uns vers les autres“.[3])

Diese gegenseitigen Verträge werden, weil zu ihrer rechtlichen Natur gehört, dass die beiderseitigen Leistungen in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis stehen und sich gegenseitig ausgleichen, auch „vollkommen zweiseitige“ genannt.

Wie *Oertmann*[4]) in seinem „Recht der Schuldverhältnisse“ sagt, ist bei ihnen die Verpflichtung des einen Teils in doppelter Weise abhängig von der des anderen: „genetisch“ —: sie kann nicht entstehen, wenn diese nicht gültig entstanden ist und „funktionell“ — jeder hat schlechthin Anspruch auf die ihm versprochene Leistung. Anders die „unvollkommen zweiseitigen“ Verträge, bei denen zwar auch beiderseitige Leistungspflichten im Laufe des Vertragsverhältnisses entstehen können, die aber der synallagmatischen Natur ermangeln. Bei ihnen wollte der Berechtigte bei der Begründung des Vertrages durch seine Leistung dem Verpflichteten für seine Leistung kein Äquivalent gewähren.[5])

Es ist bestritten, ob Verträge letzterer Art ebenfalls unter § 17 K.-O. zu subsumieren sind.[6])

---

[1]) §§ 320 ff. B. G.-B.

[2]) § 16 der pr. Konkursordnung.

[3]) Code civil Art. 1102.

[4]) A, a. O. S. 149. *Bechmann,* System des Kaufes, Bd. II S. 170 ff.

[5]) Vergl. hierzu die Ausführungen in *Crome,* System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, S. 169; *Oertmann,* Das Recht der Schuldverhälnisse, S. 149 ff.; *Krahmer,* Gegenseitige Verträge, Studien zur Systematik des Reichsrechts, S. 11.

[6]) Bejaht: *Amon,* Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse, S. 12; *Sarvey-Bossert,* Kommentar S. 98; *Petersen-Kleinfeller,* Kommentar, S. 91; *Bachmann,* Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, S. 14; *Mandry-Geib,* Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze, S. 452. — Verneint: *Oetker,* Einfluss der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge, S. 25 ff.; *von Wilmowski,* Kommentar S. 95; *Jäger,* Kommentar, S. 140.

Auszuscheiden sind unseres Erachtens zweifellos diejenigen Verträge, bei denen anfänglich nur eine einzige Leistung geschuldet wird, nachher aber wechselseitige Verpflichtungen eintreten, die aber nicht den Inhalt des ursprünglichen Abkommens bilden. Der Gegenanspruch hat sich hier infolge hinzutretender zufälliger Umstände entwickelt und ist für die rechtliche Natur des Vertrages völlig bedeutungslos (Schenkung, Auftrag). Verträge dieser Art bleiben einseitig. Sie fallen u. E. nicht unter § 17 K.-O. (Hierher gehört auch z. B. der Anspruch des Entleihers wegen der von ihm auf die geliehenen Sachen gemachten Verwendungen § 601 Abs. 2 B. G.-B.)

Anders steht es, wenn von vornherein bei einem begrifflich einseitigen Vertrage eine bestimmte Gegenleistung zugesagt ist,[1]) (z. B. die Schenkung unter Auflage einer Leistung an den Schenker, Verwahrungsvertrag unter gleichzeitiger Vereinbarung von Depotgebühren).

Schon die ratio legis verlangt, dass die im konkreten Falle ebenfalls auf Leistung gegen Gegenleistung gerichteten Verträge mit denjenigen, die begrifflich diese gegenseitige Verpflichtung mit sich bringen eine gleiche Behandlung erfahren. Ferner spricht weder der Inhalt, noch der Wortlaut des § 17 gegen unsere Auffassung. Die Erläuterungen zu den Motiven wollen daher den zweiseitigen Vertrag gleichfalls in dem hier vertretenen Sinne aufgefasst wissen.[2])

Dieses Ergebnis, wonach Verträge, die nach römischem Recht unzweifelhaft unvollkommen zweiseitige sind, unter Umständen als vollkommen zweiseitige behandelt werden, wird auch noch in der neueren Literatur bemerkenswert gestützt. Man geht vielfach noch weiter[3]) und behauptet, dass derartige Verträge, die an sich zwar einseitig seien, dadurch, dass von

[1]) *Sarvey-Bossert,* Kommentar, S. 98 ff.; *Amon,* Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse, S. 12; abweichend: *Jäger,* Kommentar. S. 140.

[2]) S. 1391—1393.

[3]) Vergl. bez. des Standpunktes des R.-G. S. 27, Anm. 1.

Das R.-G. hat z. B. einen Darlehnsvertrag, pastum de mutuo dando als zweiseitigen Vertrag anerkannt. (J. W. 1886 S. 248.) Vgl. weiter R.-G. 2, 262.

vornherein Entgeltlichkeit vereinbart wäre, auch begrifflich zu zweiseitigen würden. Es komme nicht auf den abstrakten Geschäftstypus, sondern im Einzelfalle auf das einzelne Schuldverhältnis an. So sagt *Oertmann:* „Insbesondere der Verwahrungsvertrag kann als entgeltlicher oder unentgeltlicher vereinbart werden. Ihn im ersteren Falle aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschliessen, wäre bedenklich, ja sinnwidrig. Wir müssen vielmehr die Frage im zweiten Sinne beantworten: Zweiseitig ist danach der im Einzelfall auf Leistung gegen eine im Sinne der Parteien äquivalente Gegenleistung gerichtete Vertrag. Auf den abstrakten Geschäftstypus legt das moderne Recht eben weniger Wert, als auf die besondere Eigenart des Einzelgeschäfts.“ [1])

Die allgemeine Regel des § 17 Konkursordnung vermag jedoch nicht allen zweiseitigen Verträgen gerecht zu werden, vielmehr verlangten einige wegen ihrer besonderen Natur auch eine besondere Behandlung im Konkurse. Dahin gehören die in den §§ 18—23 geregelten Fixgeschäfte, Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse und endlich die entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge. Ein Eingehen auf diese besonderen Vertragsverhältnisse müssen wir uns, als über das gestellte Thema hinausreichend, versagen.

Nachdem so auch das Stoffgebiet der für die Anwendung des § 17 in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse näher begrenzt ist, haben zunächst einige Ausführungen über das Wesen der Erfüllung zu folgen. Dann wird der weniger Schwierigkeiten bietenden Fälle zu gedenken sein, in denen auf beiden Seiten oder auf einer Seite erfüllt ist.

β) Der Vertrag ist erfüllt:

a 1. Zum Wesen der Erfüllung:

Wann eine vollständige Erfüllung vorliegt, ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts unter besonderer Be-

[1]) *Oertmann,* Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 149, 737; *Kisch,* Unmöglichkeit der Erfüllung, 1900, S. 6 ff.; dagegen R.-G. Bd. 60, S. 238, „Schenkung unter Auflage ist kein zweiseitiger Vertrag“; hierzu wieder *Oertmann,* a. a. O. S. 459.

rücksichtigung der Absichten der Kontrahenten und der Natur der Leistung und Gegenleistung zu beurteilen. Im allgemeinen liegt Erfüllung nur dann vor, wenn der Gläubiger auf sein Forderungsrecht das erhalten hat, was er zu fordern berechtigt war,[1]) oder gemäss § 362 B. G.-B. wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger oder seinen Vertreter bewirkt ist.[2])

Ist der rückständige Teil einer Leistung verhältnismässig geringfügig, dann kann zwar unter den Voraussetzungen des § 320 Satz 2 B. G.-B. die Gegenleistung nicht verweigert werden; es liegt aber immerhin eine unvollständige Erfüllung vor. Es muss deshalb konsequenter Weise angenommen werden, dass der Anwendung des § 17 auch in diesem Falle nichts im Wege steht.

Im einzelnen ist ein Vertrag dann nicht vollständig erfüllt, wenn ein zur Leistung gehöriger Akt noch aussteht. Bei einem Grundstückskaufe muss beispielsweise nicht nur die Übergabe und die Auflassung, sondern auch die Eintragung ins Grundbuch erfolgt sein.

Vollständige Erfüllung liegt auch dann nicht vor, wenn beim Kauf die Sache mit einem Rechtsmangel behaftet ist.

Mit einigen Worten gedacht sei noch des im geschäftlichen Leben recht häufigen Falles der „Zahlung mit Vorbehalt". Nach einigen ist sie eine wahre Zahlung. Der Gläubiger kann nur noch auf Grund des gemachten Vorbehalts auf Schuldanerkennung oder aut Feststellung des Nichtbestehens des Bereicherungsanspruch klagen.[3]) Dagegen wird geltend gemacht, dass die Absicht des Leistenden jedenfalls eine Wirkung jeder Erfüllungshandlung ausschliesse, nämlich die Beschränkung der Rückforderung auf den Fall eines zu erweisenden Mangels der causa, §§ 812 ff. B. G.-B. Der Gläubiger hat aber ein Recht auf Erfüllung mit allen ihren gesetzlichen Wirkungen und braucht sich mit einem Weniger

---

[1]) So *Windscheid,* Pandekten Bd. II S. 342.

[2]) Vergl. hierzu die Ausführungen in *Oertmann,* Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 215 ff.

[3]) *Stölzel,* Schulung für die zivilistische Praxis, Bd. II, S. 197.

nicht zu begnügen.[1]) Wir möchten uns auch, vom Standpunkt der Konkursgläubiger der letzteren Ansicht anschliessen. Die geschädigten Gläubiger sollen dem nicht ausgesetzt sein, dass eine einmal geleistete Zahlung auf Grund des Vorbehalts zurückgefordert werden kann. Der Konkursverwalter hat demnach das Recht, solche „Zahlungen mit Vorbehalt" abzulehnen. Dieses kann wesentlich für den Fall sein, wo den vertragsmässigen Erfüllungshandlungen eine Schuldanerkennung nicht unterstellt werden kann. Letzteres wird allerdings in der Mehrzahl der Fälle möglich sein.

Gleich der Erfüllung wirken Hinterlegung, Aufrechnung, Erlass und die Annahme an Erfüllung statt.

Bei der Begebung eines Wechsels muss mangels besonderer Vereinbarung angenommen werden, dass hiermit nicht eine Erfüllung der Schuld beabsichtigt ist, denn der Wechsel wird im Zweifel nur „solvendi causa" nicht „pro soluto" gegeben und genommen.[2])

b 1. Beide Kontrahenten haben erfüllt.

Liegt unter besonderer Berücksichtigung des oben Gesagten zur Zeit der Konkurseröffnung eine beiderseitige Erfüllung vor, dann ist der Vertrag nach bekannten Grundsätzen erloschen; er hat, abgesehen von dem hier auszuscheidenden Falle einer eventuellen Anfechtung für den Gläubiger kein Interesse mehr. Eine weitere Erörterung muss sich daher erübrigen.

c 1. Der Gemeinschuldner hat erfüllt.

Hat der Cridar seine Leistung ganz bewirkt, dann finden wieder die Grundsätze Anwendung, die wir bereits bezüglich des einseitigen Rechtsgeschäftes und des einseitigen

---

[1]) So *Dernburg*, § 113, IV; *Eccius* bei *Gruchot*, Bd. 42, S. 30 u. a.; vergl. *Oertmann*, a. a. O., S. 219.

[2]) R. O. H. G., Bd. VII S. 43; Bd. X S. 48; *Seufferts* Archiv, Bd. XXI, Nr. 118; *Sarvey-Bossert*, Kommentar S. 100; *Jäger*, Kommentar, S. 143.

Vertrages oben erörtert haben: Die Forderung des Cridars bildet ein Teil des Aktivums und wird vom Verwalter eingezogen.

d 1. Der Vertragsgegner hat erfüllt.

Auch für den Vertragsgegner des Gemeinschuldners, der seinen vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen ist, greift genau so, wie bei dem einseitigen Rechtsgeschäfte der Grundsatz Platz: Liquidation seines Gegenanspruches als Konkursgläubiger und anteilweise Befriedigung aus der Masse.

Diese Grundsätze sind aber durchbrochen zu Gunsten derjenigen Personen, die gemäss § 49 Konkursordnung ein Absonderungsrecht haben und im Falle des § 44 Konkursordnung. Letzterer Fall bedarf wegen seiner Eigentümlichkeit einer besonderen Erwähnung. Nach dem in diesem Paragraphen dem Verkäufer oder Einkaufskommissionär zustehenden Verfügungsrechte (droit de suite oder right of stoppage in transitu) können die Berechtigten unbezahlte Waren zurückfordern, wenn diese von auswärts verschickt, zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind. Diese Bestimmung verdankt ihre Entstehung der Tatsache, dass der Verkäufer im geschäftlichen Leben regelmässig sich nicht vor Absendung der Ware bezahlen lässt, sondern seinerseits erst vorleistet, um den Gegenkontrahenten Gelegenheit zur Prüfung der Ware zu geben, bevor er bezahlt. Auf Grund dieser Erwägung würde es unbillig erscheinen, hier die allgemeinen Grundsätze über gegenseitige Verträge platzgreifen zu lassen. Gleiches gilt für den Einkaufskommissionär. Jedoch muss betont werden, dass dieses Verfolgungsrecht nur für den Distancekauf, nicht auch für den Platzkauf statuiert ist, dass es aber auch andererseits dann Anwendung findet, wenn bereits vor der Auslieferung das Eigentum der versandten Ware vom Verkäufer auf den Gemeinschuldner übergegangen ist, sofern nur die Auslieferung nicht vor der Konkurseröffnung erfolgt ist.[1])

[1]) Vergl. hierzu *Oetker:* Verfolgungsrecht, *Staub,* Kommentar z. H.-G.-B. Exkurs zu § 382.

Die Bedeutung des § 44 ist im übrigen für das heutige Recht eine wesentlich geringere geworden. Denn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche § 929 ist zum Eigentumserwerb an einer beweglichen Sache grundsätzlich Übergabe erforderlich. Es kommt somit der Fall, wo vor der Ankunft der Ware beim Gemeinschuldner dieser bereits Eigentum an ihr erworben hat, nur dann in Betracht, wenn die Ware einem Dritten, etwa dem Spediteur des Gemeinschuldners, übergeben ist, der für diesen das Eigentum erwirbt. So wird in den meisten Fällen der Verkäufer schon auf Grund seines Vindikationsrechts die auf der Reise befindliche noch nicht übergebene Ware wieder an sich ziehen können.

γ) Der Vertrag ist von keiner Seite vollständig erfüllt.

Nur für den Fall, dass sowohl der Gemeinschuldner als auch der Gegenkontrahent den Vertrag nicht vollständig erfüllt hat, kann § 17 Konkursordnung Anwendung finden. Abgesehen von der bereits vorhin angeführten Notwendigkeit dieser Bestimmung im Interesse der Rechtssicherheit ist der innere Grund dieser Bestimmung in der dem Konkursverfahren zu Grunde liegenden Tendenz zu suchen: gleichmässige anteilweise Befriedigung sämtlicher Konkursgläubiger. Mit diesem Grundsatze wäre es nicht zu vereinbaren, wollte ein Konkursgläubiger, der zufällig Kontrahent aus einem mit dem Gemeinschuldner geschlossenen zweiseitigen Vertrage ist, zum Nachteile der anderen Konkursgläubiger nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts seine Rechte geltend machen. Das Konkursverfahren bedingt vielmehr ein uneigennütziges Verhalten, insofern als der Einzelne seine Interessen zu Gunsten der Allgemeinheit einschränken muss. Inwieweit dies bei einem zweiseitigen Vertrage zu geschehen hat, darüber kann zweckmässig nur der mit der ganzen Vermögenslage vertraute und auch die Interessen der Konkursgläubiger wahrnehmende Konkursverwalter entscheiden.

a 1. Das Wahlrecht des Konkursverwalters.

Seiner rechtlichen Natur nach erscheint die hier dem Konkursverwalter erteilte Ermächtigung als ein Wahlrecht, auf Grund dessen es ihm freigestellt wird, die Erfüllung des schwebenden, zweiseitigen Rechtsgeschäftes zu verlangen oder aber hierauf zu verzichten. Wenn auch der Wortlaut des § 17 nur von dem Recht des Verwalters spricht, den Vertrag zu erfüllen oder Erfüllung zu verlangen, so hat es der Gesetzgeber, wie aus den Motiven unzweifelhaft hervorgeht, für überflüssig gehalten, das Recht des Verwalters Nichterfüllung zu wählen, besonders auszusprechen, wie dieses in § 16 Abs. 1 der preussischen Konkursordnung geschehen war.[1]) Der Verwalter ist aber in der Betätigung dieses Wahlrechts nicht vollkommen sich selbst überlassen, sondern in zweifacher Hinsicht beschränkt.

α 1. Umfang des Wahlrechts.

Einerseits ist er es zu Gunsten der Gläubiger bei seiner Entscheidung, in welcher Richtung er sein Wahlrecht ausüben soll; anderseits erheischt das Interesse des Vertragsgegners, dass der Verwalter von seinem Wahlrecht Gebrauch macht, damit der Kontrahent der Ungewissheit über das Schicksal des Vertrages enthoben wird.

Es ist daher Sache des Verwalters nach eingezogenen Erkundigungen sich darüber Klarheit zu verschaffen, ob es für die Konkursmasse vorteilhafter ist, die Erfüllung abzulehnen oder sie zu verlangen, und die Masse zur Gegenleistung zu verpflichten.

Auch wenn der Gemeinschuldner den Vertrag bereits teilweise erfüllt hat, braucht der Verwalter nicht unter allen Umständen auf Erfüllung zu bestehen. Die Tatsache der teilweisen Leistung des Gemeinschuldners kann für ihn nur einen Faktor der Berechnung und einen Beweggrund für die Beantwortung der Frage abgeben, für welche der ihm zustehenden Befug-

[1]) Vergl. Motive S. 67.

nisse er sich entscheiden will; denn es liegt keineswegs ausserhalb des Bereichs der Möglichkeit, dass die Nichterfüllung selbst dann von grösserem Vorteil für die Masse ist, wenn der Gemeinschuldner teilweise vorgeleistet hat.

Falls ein Gläubigerausschuss bestellt ist, und es sich um Wertgegenstände von mehr als 300 Mark handelt, hat der Konkursverwalter gemäss § 133 Konkursordnung die Zustimmung dieses Ausschusses einzuholen. Jedoch ist dritten Personen, insbesondere dem anderen Teil gegenüber, auch ein eigenmächtiges Erfüllungsbegehren voll und ganz rechtswirksam.

Eine Beschränkung des Wahlrechts zu Gunsten des Vertragsgegners erscheint aus dem Grunde geboten, weil bei längerer Ungewissheit darüber, ob der Vertrag erfüllt wird oder nicht, dieser grösseren Nachteilen ausgesetzt sein würde. Die Konkursordnung räumt deshalb aus Billigkeitsgründen dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners das Recht ein, von dem Verwalter eine Erklärung darüber zu verlangen, ob die Erfüllung verlangt werde, und zwar steht ihm diese Befugnis auch dann zu, wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist.

In welcher Form dieses Verlangen zu stellen ist, darüber hat das Gesetz keine Bestimmungen geschaffen. Es muss daher angenommen werden, dass jede Aufforderung, sei sie schriftlich oder mündlich, ausreichend ist. Die Mehrkosten einer besonderen Art der Aufforderung, die nicht nach Lage der Sache gerechtfertigt erscheint, sind von dem Berechtigten zu tragen.

Auf die Anfrage des Kontrahenten hat sich der Verwalter „ohne Verzug“ zu erklären, wobei nach den Motiven eine Berücksichtigung der einzelnen Umstände gestattet wird.[1]) Der Ausdruck „ohne Verzug“ ist demnach nicht identisch mit „sofort“ (vergl. § 147 B.-G.-B., § 376 H.-G.-B.) oder „sogleich“ (§ 318 H.-G.-B. alter Fassung), er ist vielmehr wie das Wort „unverzüglich“ (§ 121 B.-G.-B.) im Sinne von „ohne schuldhaftes Zögern“ aufzufassen. Hiernach muss eine verspätete

[1]) Motive, Bd. II, S. 69.

Erklärung des Verwalters selbst dann für wirksam erachtet werden, wenn sie nicht auf Fahrlässigkeit beruht.[1])

Hat der Verwalter auf die Aufforderung seine Antwort schuldhaft verzögert oder überhaupt geschwiegen, so gilt das Verhalten als Erfüllungsverzicht. Kraft positiver Vorschrift des § 17 kann er und auch der Vertragsgegner nunmehr die Erfüllung nicht mehr verlangen.[2])

Insbesondere:

β 1) Kann der Verwalter teilweise Erfüllung verlangen?

Für den Umfang des Wahlrechts ist die Frage von Bedeutung, ob dem Verwalter das Recht eingeräumt ist, einen von den Parteien einheitlich gewollten Vertrag in mehrere selbständige Verträge zu zerlegen. Eine Befugnis dieses Inhalts ist dem § 17 nicht zu entnehmen. Der Verwalter kann den Vertrag nur so, wie er rechtlich von den Kontrahenten gewollt ist, erfüllen oder ablehnen. Selbst bei Teilbarkeit der Leistung, wenn die Leistung auf beiden Seiten derart teilbar ist, dass für die Teilleistung die Teilgegenleistung bestimmt ist (Successivlieferungsvertrag), findet auf den ganzen Vertrag § 17 Anwendung, falls keiner der Kontrahenten alle Teilleistungen erfüllt hat.[3]) Es entspricht das der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts[4]), dem Landrecht, bezw. den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die mangels besonderer Bestimmungen auch

---

[1]) Vergl. z. B.: K.-G., Bd. 59, S. 296.

[2]) Vergl. *Petersen* und *Kleinfeller*, Anm. II, 2, *Oetker*, § 32; anderer Meinung: *Fitting*, § 6 a, 7 und 8.

[3]) So *von Wilmowski*, Kommentar, S 98; *Sarwey-Bossert*, S. 101; *Petersen-Kleinfeller*, S. 94; *Amon*, Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse, S. 6; anderer Ansicht: *Jäger*, Kommentar, S. 144; *von Völderndorff*, Bd. I, S. 224; *Kohler*, Lehrbuch, S. 137.

[4]) l 41 § 1 D⁰ de usuris 22. 1.: . . . Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, ut liceret, et particulatim, quod acceptum est, exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem si, cum creditor paratus esset, totum suscipere debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.

auf den Konkurs hier Anwendung finden. Nur dann ist eine andere Entscheidung gerechtfertigt, wenn der Vertrag nur nach aussen hin als ein einheitlicher erscheint, in Wahrheit aber von den beiden Parteien zwei selbständige Verträge, die von einander unabhängig, gewollt sind. (Ein Landwirt kauft von einer Firma einen Waggon Thomasmehl und kauft ausserdem eine Viehwage; für beide Gegenstände wird derselbe Lieferungstermin bestimmt. Es sind zwei selbständige Verträge, obwohl beide Leistungen gemeinsam für denselben Termin versprochen sind.)

Jedoch gelten natürlich auch für den Konkurs die gesetzlich bestimmten Ausnahmen: z. B. nach § 389 B. G.-B. im Falle der teilweisen Aufrechnung; ebenso gemäss § 38 Wechselordnung.

γ 1. Wie steht es mit dem Wahlrecht, wenn der Gemeinschuldner bereits vor Eröffnung des Konkurses auf Erfüllung geklagt hat oder verklagt ist?

Grundsätzlich ist von dem Standpunkte auszugehen, dass, solange von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt ist, der Verwalter in seinem Rechte nicht beschränkt werden kann; die stattgefundene Anstrengung einer Klage auf Erfüllung seitens des Gemeinschuldners ist für das Wahlrecht bedeutungslos. Nur dann wenn die Klage bereits rechtskräftig entschieden ist, bleibt auch der Verwalter an das Urteil gebunden.[1])

Ebenso ist das Wahlrecht des Verwalters nicht dadurch beseitigt, dass der Gläubiger vor Eröffnung des Verfahrens auf Erfüllung geklagt hat.[2])

δ 1. Form und allgemeine Wirkung der Erklärung des Verwalters.

An eine bestimmte Form ist die Erklärung des Verwalters nicht gebunden; sie kann sowohl ausdrücklich als auch

---

[1]) *Grünwald,* Einfluss des Konkurses eines der Kontrahenten auf Kauf- und Mietverträge, S. 21.

[2]) Vergl. Entsch. d. Obertrib. in *Strieth,* Arch., Bd. 32, S. 218; *von Wilmowski,* Anm. 3.

stillschweigend abgegeben werden. Es genügt, wenn aus den Umständen der Wille des Verwalters, die Erfüllung zu verlangen oder abzulehnen, erkennbar hervorgeht,[1]) z. B. wenn der Verwalter die Leistung des Gegners ohne Vorbehalt angenommen hat.

Mit seiner Erklärung schliesst der Konkursverwalter den Gemeinschuldner von der persönlichen Geltendmachung des Vertrages aus; es kann daher der Cridar das Schuldverhältnis selbst dann nicht mehr vom Konkursbeschlage lösen, wenn er sofortige Erfüllung anbietet.

Hat nun der Verwalter sich einmal erklärt, dann kann er diese Erklärung nicht wieder durch eine spätere anderweitige Entscheidung rückgängig machen.

Ein Variationsrecht muss ihm versagt werden.

ε 1. Das Anfechtungsrecht der Erklärung wegen Irrtums durch den Verwalter.

Gehen wir von dem bereits vorhin erwähnten Successivlieferungsvertrage aus und unterstellen den Sachstand, dass der Verwalter die gänzliche Erfüllung ohne Kenntnis von dem Bestehen unbezahlter Kaufpreisforderungen für vor der Konkurseröffnung gemachte Lieferungen verlangt hat.

Es kommen zwei Fälle in Betracht. Entweder hat sich der Verwalter in einem tatsächlichen Irrtum über den Inhalt seiner Willenserklärung oder aber in einem Rechtsirrtum befunden. Ersterenfalls hat er unserem Beispiel folgend von dem Bestehen unbezahlter Kaufpreisforderungen keine Kenntnis gehabt, sondern angenommen, der Vertrag sei zum Teil von beiden Seiten gleichmässig erfüllt. Er hat sich also von dem Vertragsverhältnis, in das er eintreten zu wollen erklärt hat, eine ganz falsche Vorstellung gemacht und infolgedessen etwas anderes erklärt, als er tatsächlich wollte.

Eine Anfechtung kann aber nur erfolgen, wenn anzunehmen ist, der Irrende würde bei Kenntnis der Sachlage und

---

[1]) R.-G., Bd. 22, S. 109.

bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben.

Ist dies der Fall, dann ist der Verwalter zur Anfechtung seiner Erklärung berechtigt.

Das Anfechtungsrecht muss ihm aber dann versagt werden, wenn er die Erfüllung verlangt hat in der — wie wir später näher ausführen werden — rechtsirrtümlichen Annahme, das Verlangen der Vertragserfüllung verpflichte ihn nur dazu, die noch in die Konkursmasse zu leistenden Lieferungen zu bezahlen, während es in Wahrheit auch auf die bereits vor der Konkurseröffnung bewirkten, noch unbezahlten Lieferungen dergestalt zurückwirkt, dass die Gegenforderungen aus der Masse zu bezahlen sind.

Hier haben wir es mit einem nach bürgerlichem Recht nicht beachtlichen Rechtsirrtum zu tun.[1]) Es kommen hier die Rechtsgrundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches §§ 116 ff. zur Anwendung, wonach alle ausserhalb des Rahmens der rechtsgeschäftlichen Erklärung liegenden Umstände nicht zur Anfechtung berechtigen. War z. B. vereinbart, dass die einzelnen Teillieferungen nach dem jeweiligen Marktpreis zu berechnen waren, und der Verwalter erfordert ohne Kenntnis des Steigens der Preise, in dem Glauben, es gelten die alten Preise der ersten Lieferungen, Erfüllung, so berechtigt ihn dieses nicht zur Anfechtung.[2]) Wohl dagegen stellt ein Sichversprechen oder Sichverschreiben des Verwalters einen beachtenswerten Irrtum dar.[3]) Die Anfechtung hat auch hier „ohne schuldhaftes Zögern“ gemäss § 121 B. G.-B. zu erfolgen.

b 1. Folgen der Ausübung des Wahlrechts.

α 1. Der Verwalter entscheidet sich für Erfüllung.

Entscheidet der Verwalter sich auf Grund vorstehender Erwägungen für Vertragserfüllung, dann muss auch er alles

---

[1]) K.-G., Bd. 51, S. 281.
[2]) K.-G., Bd. 55, S. 367.
[3]) O.-L.-G., Bd. 3, S. 40; Bd. 6, S. 30.

leisten, was auf Grund der Verträge der Gemeinschuldner ausserhalb des Konkurses zu leisten hätte; denn zwänge der Gesetzgeber den Mitkontrahenten seinen Gegenanspruch beim Konkurse zu liquidieren, seine Leistung dagegen voll zur Aktivmasse zu gewähren, dann würde er das einheitliche zweiseitige Vertragsverhältnis in zwei Forderungen und zwei Schulden auflösen und beide verschieden rechtlich behandeln. Eine solche Trennung widerstreitet der rechtlichen Natur dieses Vertragsverhältnisses.[1]) Deshalb bestimmt das Gesetz, der Verwalter kann erfüllen und Erfüllung verlangen.

Die mittelbare Wirkung des Konkurses bei dem Erfüllungsverlangen besteht also darin, dass der Gegenkontrahent zur Masse leisten muss, und seinerseits dafür die volle Gegenleistung aus der Masse verlangen kann; denn sein Anspruch bildet fortan gemäss § 59 Nr. 2 Konkursordnung eine Masseschuld, die vor den Konkursforderungen (§ 57 K.-O.) und selbst vor den Massekosten (§ 60 K.-O.) zu decken und auch dem Zwangsvergleich entrückt ist.

Es muss aber daran festgehalten werden, dass die vor der Erklärung des Verwalters bestehenden beiderseitigen Einreden ihrem ganzen Umfange nach erhalten bleiben.

Der Vertragsgegner kann auf ein vertragsmässig ihm vorbehaltenes Rücktrittsrecht gestützt vom Vertrage zurücktreten, woran die Ausübung des Wahlrechts des Verwalters keinen Einfluss ausübt.[2]) Er hat nach § 462 das Recht einen Kaufvertrag rückgängig zu machen, wegen eines Mangels, den der Cridar als Verkäufer zu vertreten hat gemäss §§ 459, 460 B. G.-B. Denn auch der Verwalter muss nicht nur alle Rechte, sondern auch alle Pflichten, die dem Cridar aus dem Vertrage erwachsen, gegen sich gelten lassen. Das Wahlrecht des Verwalters wird gleichfalls illusorisch, wenn eine dem Cridar gemäss § 326 B. G.-B. gestellte Nachfrist vor Eröffnung des

[1]) Vergl. *Windscheid*, Pandekten § 321; *Dernburg*, Preuss. Privatrecht, Bd. I, § 45; Arch. für zivilist. Praxis, Bd. 7, S. 335; *Brachmann*, Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, S. 22.

[2]) R.-G., Bd. 18, S. 344.

Konkurses abgelaufen ist. Der Gläubiger kann vom Vertrage zurücktreten, im Falle des § 326 Abs. 2 sogar ohne das Stellen einer Frist.

Das gleiche gilt auch für die Zeit während des Konkurses, wenn die Frist erst nach Eröffnung des Konkurses abläuft, oder vom Gläubiger auch erst dem Konkursverwalter gestellt wird und von diesem aber unbeachtet bleibt.

Hat der Verwalter vor Ablauf der Frist gewählt, so liquidiert der Gläubiger, der durch diese Wahl Massegläubiger geworden ist, auch seinen Schaden als Massegläubiger.

Der Grundsatz, dass das Verhältnis nur insoweit vom Verwalter geltend gemacht werden kann, als es zur Zeit der Konkurseröffnung bestand, muss namentlich auch dann im Auge behalten werden, wenn der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses seine Vertragsforderung zediert oder verpfändet, oder den Gegner angewiesen hat, an einen Dritten zu leisten und dieser durch seine Annahmeerklärung ein unentziehbares Recht auf die Leistung erworben hat. Wählt in diesem Falle der Verwalter in Unkenntnis der Sachlage die Erfüllung, dann muss er selbst aus der Masse leisten, kann aber konsequenter Weise eine Forderung, die dem Gemeinschuldner nicht mehr zustand, auch nicht zur Konkursmasse ziehen.[1])

Einer besonderen Berücksichtigung bedarf noch die Leistungszeit. Hier ist zu unterscheiden, ob eine Leistung Zug um Zug bedungen oder eine Partei zur Vorleistung verpflichtet ist. Ersternfalls ist der Gegenkontrahent aus der Masse sofort zu befriedigen, andernfalls aber kommt es darauf an, ob für den Gemeinschuldner oder für den Vertragsgegner eine Pflicht zur Vorleistung besteht. Ist der Gemeinschuldner der Verpflichtete, dann muss der Verwalter den Gegner sofort

---

[1]) Vergl. *Sarwey-Bossert*, S. 102; *Amon*, Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse, S. 19; *Oetker*, S. 30/31; *Petersen-Kleinfeller*, Kommentar, S. 95; *Jäger*, Kommentar, S. 148 E.-R.-G., Bd. 11, S. 51/52; anderer Ansicht: *Brachmann*, S. 28.

aus der Masse befriedigen; ist es dieser, dann kann er sich nicht schon aus dem Grunde der Konkurseröffnung auf die exceptio rebus sixtantibus des § 321 B. G.-B. berufen. Durch ihn wird zwar allgemein der eine Kontrahent, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, berechtigt, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit geleistet wird. Hierauf kann sich aber der Vertragsgegner des Gemeinschuldners nicht berufen, denn sein Anspruch erscheint als Masseforderung genügend gesichert. Jedenfalls ist sein Risiko nicht grösser als das, was jeder im täglichen Verkehrsleben zu tragen hat. Nur dann ist eine andere Entscheidung zu billigen, wenn infolge des ungünstigen Massestandes der Anspruch auf die Gegenleistung auch als Masseschuld gefährdet erscheint und diese schlechte Vermögenslage nicht bereits vor Vertragsabschluss bestanden hat.[1])

β 1. Der Verwalter entscheidet sich für Nichterfüllung.

a 2. Wirkung des Erfüllungsverzichts auf den rechtlichen Bestand des Vertrages.

Hat der Verwalter sein Wahlrecht ausdrücklich oder stillschweigend in negativer Weise betätigt, dann fragt es sich zunächst, welche rechtliche Wirkung die Wahl der Nichterfüllung auf das zweiseitige Vertragsverhältnis an sich hat. Wird der schwebende Vertrag hierdurch aufgehoben oder besteht er unverändert fort?

Nach der im § 17 Konkursordnung gewählten Ausdrucksweise: „Der Konkursverwalter kann die Erfüllung verlangen", könnte es den Anschein gewinnen, als bilde die Auflösung des

[1]) *Jäger*, Kommentar, S. 147; *Kohler*, Lehrbuch, S. 93; *Wolff*, Kommentar, S. 95/96; Motive, S. 69.

Vertrages nach dem Willen des Gesetzgebers die Regel, die Erfüllung dagegen die Ausnahme. Dass dies aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, geht deutlich aus den in den §§ 18 und 19 Konkursordnung getroffenen Vorschriften hervor, die, wie allgemein anerkannt wird, das Prinzip des unveränderten Fortbestandes des Vertrages verlassen. Nach § 18 „darf die Erfüllung nicht verlangt" werden und § 19 verfügt eine vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses. Diese beiden Bestimmungen werden in den Motiven[1]) ausdrücklich als Ausnahme von der in § 17 aufgestellten allgemeinen Regel bezeichnet.

§ 17 Konkursordnung spricht lediglich von dem Recht „Erfüllung zu verlangen", von einer dem Konkursverwalter eröffneten Möglichkeit, durch seine Willenserklärung den Vertrag aufzuheben, ist nirgendwo die Rede. Nach feststehender Lehre und Rechtsprechung wird daher das Bestehen und der Inhalt des Vertrages durch den Verzicht auf die Erfüllung nicht beeinflusst; der Vertrag gilt weder als nicht geschlossen, noch als aufgehoben. Durch jene Erklärung des Verwalters wird nur die Erfüllung beeinflusst und zwar insofern, als keiner der Vertragschliessenden nunmehr die noch rückständige Leistung verlangen kann.[2])

Wie schon betont, bindet die Erklärung des Verwalters also auch der Erfüllungsverzicht den Gemeinschuldner für die Zukunft. Er kann daher auch nicht mehr auf der Erfüllung des Vertrages bestehen. Dies steht auch nicht — wie vielfach behauptet wird — im Widerspruch mit der Bestimmung des § 10, Abs. 2 Konkursordnung. Er gibt zwar dem Gemeinschuldner die Befugnis, vor der Konkurseröffnung anhängig

---

[1]) Motive, S. 69 und 176.

[2]) *Petersen-Kleinfeller*, Kommentar, Anm. zu § 17; *Sarwey-Bossert*, Kommentar, § 17; *von Völderndorff*, S. 282, Bd. 3, S. 39; *Seufferts* Archiv, Bd. 47, Nr. 87, Bd. 42, Nr. 176, Bd. 51, S. 308; R.-G. Bd. 7, S. 19, Bd. 26, S. 94, Bd. 56, S. 238; Rechtsprechung Bd. 4, S. 170; J. W., Bd. 86, S. 348, *Amon*, S. 20; abweichend *Kohler*, Lehrbuch S. 133.

gewordene Rechtsstreitigkeiten über das zur Masse gehörige Vermögen aufzunehmen, sofern der Verwalter die Aufnahme ablehnt. Diese Bestimmung enthält aber nur den materiellen Rechtssatz, dass der streitige Anspruch nicht mehr zur Konkursmasse, sondern zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners gehört; sie kann trotz ihrer allgemeinen Fassung um deswillen nicht auf die in § 17 Konkursordnung geregelten Fälle bezogen werden, weil sonst der andere Teil nicht in der Lage ist, eine unten näher zu begründende Interessenforderung im Konkurse geltend zu machen.[1])

Keiner der beiden Kontrahenten kann somit ausserhalb des Konkurses oder nach diesem auf das ursprüngliche Schuldverhältnis zurückgreifen. Die gegenseitige Ansicht beruht auf einer falschen Konstruktion, denn ein Schuldverhältnis ist schlechthin nicht in zweifacher Gestalt denkbar: während des Konkurses als Forderung wegen Nichterfüllung, ausserhalb oder nach dem Konkurse als Erfüllungsanspruch.

b 2. Die hierdurch geschaffene Rechtslage für den Vertragsgegner.

Wählt der Verwalter die Nichterfüllung, dann muss der Vertragsgegner das von ihm in das Eigentum des Gemeinschuldners Geleistete in der Konkursmasse belassen. Er kann nur eine Ersatzforderung wegen Nichterfüllung als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht. (K.-O. § 26.)

§ 26 der Konkursordnung spricht im ersten Satze dem Vertragsgegner gewisse, eventuell in Frage kommende Rechte ab, im zweiten weist sie darauf hin, wie er ihm zustehende Ansprüche geltend machen kann. Die beiden Sätze bedürfen aber, da sie von verschiedenen Voraussetzungen ausgehen, einer scharfen Trennung.

---

[1]) Vergl. R.-G. in J. W. von 1892, S. 371.

α 2. Das Rückforderungsrecht des vom Vertragsgegner Geleisteten (§ 26 Satz 1 K.-O.).

§ 26 Satz 1 K.-O. besagt: „Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen." Nach dem strengen Wortlaut des § 26 könnte man geneigt sein, anzunehmen, dass die Rückforderung nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Nichterfüllung oder Aufhebung eine unmittelbare, eine von selbst eintretende Folge der Konkurseröffnung ist (z. B. die Auflösung einer Gesellschaft durch Konkurs eines Gesellschafters). Es kommen jedoch hier, wie allgemein anerkannt, auch solche Rechtsänderungen in Betracht, die aus Rechtshandlungen des Verwalters als mittelbare Folge des Konkurses sich ergeben, in Sonderheit dann, wenn der Konkursverwalter von dem Rechte, die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages abzulehnen Gebrauch gemacht hat. Im ersten Augenblick scheint deshalb die Vorschrift in § 26 etwas Selbstverständliches zu besagen. – Wir behalten uns die nähere Erörterung über die Zweckmässigkeit dieser Bestimmung bis zur Beantwortung der Frage vor, ob nicht der Konkursverwalter das vom Gemeinschuldner Geleistete zurückzufordern berechtigt ist.

Ob der Leistungsgegenstand [1]) in das Eigentum des Cridars übergegangen ist, darüber hat das bürgerliche Recht zu entscheiden. [2])

---

[1]) Die Fassung des Gesetzes ist ungenau. Mit dem Worte „Leistung" hat der Gesetzgeber augenscheinlich entsprechend dem nicht seltenen Sprachgebrauch, der oft die Leistung als Gegenstand der Leistung nimmt, den Leistungsgegenstand bezeichnen wollen. Vergl. nähere Ausführungen in *Jäger*, Kommentar, S. 215: *v. Sarwey-Bossert.* S. 127.

[2]) Hier kommen namentlich die Vorschriften über das Eigentumsrecht bei unbeweglichen und beweglichen Sachen B. G.-B. §§ 873 ff., 925 ff., 929 ff. und H.-G.-B. §§ 424, 450, 647 in Betracht.

a 3. Das Eigentum ist nicht übergegangen.

Ist im konkreten Falle das Eigentum nicht übergegangen, dann kann der Vertragsgegner seine Leistung zurückfordern; er hat ein Aussonderungsrecht. Die Wirksamkeit eines pactum reservati dominii erleidet durch § 26 keine Einbusse; insbesondere greift für den Fahrniskauf die Auslegungsregel des § 455 B. G.-B. platz, wonach der Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises als Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises anzusehen ist, und der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung im Verzug ist. Der Verkäufer bleibt während der Schwebezeit Eigentümer und ist somit aussonderungsberechtigt. Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn dem Eigentumsvorbehalt eine auflösend bedingte Übereignung zu Grunde gelegt ist. In diesem Falle kann dem Verkäufer, wenn infolge des Konkurses die vollständige Zahlung nicht eintritt, ein Aussonderungsrecht nicht zugebilligt werden.[1])

b 3. Das Eigentum ist übergegangen.

Ist das Eigentum übergegangen, so ist ein Rückforderungsrecht dann ausgeschlossen, wenn infolge mittelbarer oder unmittelbarer Einwirkung der Konkurseröffnung die Nichterfüllung oder Aufhebung des Vertrages eingetreten ist.[2]) § 26 kann deshalb sinngemäss dann nicht zur Anwendung kommen, wenn die Rechtsänderung bereits vor der Konkurseröffnung oder während des Konkurses, aber unabhängig von diesem — man denke an einen Verzug des Verwalters während des Konkurses — eingetreten ist. Ein Gleiches gilt, wenn das Rückforderungsrecht in einer kraft Parteivereinbarung mit dinglicher Wirkung

---

[1]) *Jäger,* Kommentar, S. 215; *von Wilmowski,* S. 108; anderer Meinung: *Wilmowski-Kurlbaum,* Kommentar, S. 123.

[2]) Das in § 44 statuierte Verfolgungsrecht bildet von diesem Grundsatze eine Ausnahme.

bekleideten „in diem addictio“ oder einem „pactum displicentiae“ wurzelt?[1])

β 2. Die Forderung des Vertragsgegners wegen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit (§ 26 S. 2 K.-O.).

Dafür aber, dass dem Mitkontrahenten die Rückforderung des von ihm in das Eigentum des Gemeinschuldners Geleisteten versagt ist, wird ihm vom Gesetzgeber eine Forderung als Konkursgläubiger eingeräumt. Satz 2 des § 26 bestimmt: „Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.“

Welcher Art diese Forderung sein soll, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Gehen wir davon aus, dass nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts bei einem gegenseitigen Vertrage, falls auf der einen Seite die bedungene Leistung ausbleibt, der andere Teil regelmässig das Recht hat, von dem Vertrage zurückzutreten, und eine Entschädigungsforderung geltend zu machen, so kommt man, da in Satz 1 des § 26 Konkursordnung das Rücktrittsrecht dem Gläubiger ausdrücklich versagt ist, zu dem notwendigen Schluss, dass unter „Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung“ nur ein Entschädigungsanspruch zu verstehen ist.

Dieser Schadensersatzanspruch ist aber nicht auch gegeben wegen der durch den Konkurs veranlassten Erfüllungsmodifikation, d. h. wegen der blossen „konkursmässigen Erfüllung;“ denn sonst würde regelmässig jeder Konkursgläubiger auch schadensersatzberechtigt sein. Wollte man den mit ihren Forderungen teilweise ausfallenden Gläubigern auch noch wegen ihres Ausfalles eine Entschädigungsforderung gewähren,

---

[1]) Vergl. *Jäger,* Kommentar, S. 216; *Petersen-Kleinfeller,* Kommentar, S. 117; *Oetker,* Einfluss der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge, S. 28; Motive, S. 91.

dann würde man das Wesen und den Zweck des Konkurses — Befriedigung der Konkursgläubiger unter gegenseitiger Beschränkung ihrer Ansprüche auf die Konkursdividende — voll und ganz verkennen. Der zweite Satz gebraucht daher das Wort „Nichterfüllung“ in einem engeren Sinne wie Satz 1 des § 26.[1])

Der aus der Erfüllungsablehnung des Verwalters erwachsende Entschädigungsanspruch müsste nach dem Wortlaut des § 59 Abs. 1: „Masseschulden sind die Ansprüche, die aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen,“ streng genommen die Eigenschaft einer Masseschuld haben.

Diese Folgerung wird aber durch Satz 2 § 26 ausdrücklich beseitigt, indem er bestimmt, dass etwaige Schadensersatzansprüche nur als Konkursforderungen geltend gemacht werden können, sofern dem Gläubiger nicht ein Absonderungsrecht zustehe.

Wenn aber auch dieser Forderung die Natur einer Masseschuld im Sinne des § 59 K.-O. ausdrücklich abgesprochen wird, so kann aber doch eine Aufrechnungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen werden. Dem steht weder der Wortlaut und Zweck des § 26 noch des § 55 No. 2 entgegen.

Letzterer besagt: „Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig: . . . .
wenn jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat.“

Der an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tretende Entschädigungsanspruch wird aber nicht — wie oft fälschlicher-

---

[1]) Vergl. *Jäger,* Kommentar, S. 216; *Oetker,* Einfluss der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge, S. 48 ff; *Amon,* Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse, S. 61/62; *Petersen-Kleinfeller,* Kommentar, S. 118; *Wolff,* Kommentar, S. 121. Anderer Ansicht: *von Sarwey-Bossert,* Kommentar, S. 130 ff; *von Völderndorff,* Kommentar, S. 297.

weise angenommen — erst nach der Konkurseröffnung erworben, sondern ist bereits in dem Erfüllungsanspruch bedingt begründet. Hierbei muss es vollständig gleichgültig erscheinen, ob diese Bedingung auf Rechtsgeschäft oder unmittelbar auf Gesetz beruht. Es muss somit eine Kompensation gemäss § 54 K.-O. als zulässig erachtet werden. [1])

Auf welche Gesetzesvorschrift wird nun der erwähnte Schadensersatzanspruch zu stützen sein; beruht er auf den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder wird er durch die Konkursordnung selbst gegeben?

Dem Vertragsgegner ist in den, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 17 bildenden Fällen der §§ 18, 19 und 22 Konkursordnung ein Anspruch auf Schadensersatz ohne weiteres mit dem Eintritt der Nichterfüllung oder Aufhebung verliehen. § 17 Konkursordnung schweigt darüber.

Die herrschende Lehre will daher die Frage, ob Schadensersatz beansprucht werden kann, der Entscheidung des bürgerlichen Rechts überlassen. [2])

Wir glauben aber mit Recht demgegenüber annehmen zu dürfen, dass der Entschädigungsanspruch durch die Konkursordnung selbst verliehen wird.

Allein aus allgemeinen Sätzen des bürgerlichen Rechts wäre ein solcher Anspruch nur abzuleiten, wenn — was allerdings vielfach behauptet wird — die Konkurseröffnung eine Unmöglichkeit der Erfüllung und zwar eine vom Gemeinschuldner zu vertretende Unmöglichkeit begründen würde (§§ 325, 280 B. G.-B.).

Allein es besteht weder eine Unmöglichkeit der Leistung, noch braucht eine schuldhafte Herbeiführung des Konkurses

---

[1]) So *Seufferts* Archiv, Bd. 48 No, 239; R.-G. in J, W. 1904, S. 97; *Jäger,* Kommentar, S. 463; abweichend: R.-G., Bd. 46, S. 100.

[2]) Vergl. *Petersen-Kleinfeller,* Kommentar, S. 117; *von Wilmowski-Kurlbaum,* Kommentar, § 26 Anm. 9; *Sarwey-Bossert,* Kommentar, S. 129; *Amon,* Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse, S. 58; *Schad,* der Gemeinschuldner der Konkursordnung, S. 122; E. R. G., Bd. 26, S. 95; Motive, Bd II, S. 92.

durch den Gemeinschuldner vorzuliegen.“ [1]) Die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners ist niemals oder jedenfalls nur ausnahmsweise ein Unvermögen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches (subjektive Unmöglicheit der Leistung.)[2]) Wenn auch § 17 Konkursordnung nicht ausdrücklich bestimmt, dass eine Entschädigungsforderung gewährt werden soll, so wird doch in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht und der Rechtsprechung als selbstverständlich erachtet, dass an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung ein Anspruch auf Schadensersatz tritt, [3]) und zwar als eine dem Konkursrecht eigentümliche Folge der Ablehnungserklärung des Verwalters. [4]) Indem § 26 dem anderen Teile einen Ersatzanspruch zuerkennt, wird der Ersatzanspruch durch den § 26 begründet. [5])

Jedoch sind bezüglich des Umfanges des als Konkursforderung in Geld zu liquidierenden Ersatzanspruches die Grundsätze des Bürgerlichen Rechts massgebend; in Sonderheit umfasst er nicht nur den Verlust der in der Vermögensminderung besteht, sondern auch den Gewinn, der dem Berechtigten durch das Verhalten des zum Schadenersatz Verpflichteten entzogen worden ist. (B. G. B. § 252).

c. 2. Die Rechtslage des Gemeinschuldners.

Über den auf Seiten des Verwalters mit der Ablehnung der Erfüllung eintretenden Rechtszustand enthält die Konkursordnung keine ausdrücklichen Bestimmungen; namentlich auch auf die Frage, ob auch der Verwalter nicht berechtigt sein soll, nachdem er auf die Erfüllung verzichtet hat, das vom Gemeinschuldner Geleistete zurückzufordern, schweigt das Gesetz.

---

[1]) Motive II, S. 87, R.-G. Bd. 17, S. 82.

[2]) So treffend *Jäger*, Kommentar, S. 217; vergl. *Schollmeyer*, B. G.-B., Anm. zu § 275; *Dernburg*, Bürgerl. Recht, Bd. II, § 60, III. 3.

[3]) Begründung der Konkursnovelle, S. 30.

[4]) *Jäger*, Kommentar, S. 180; *Oetker*, S. 14, 49; *Brachmann*, Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, S. 38; *Wolff*, Kommentar, S. 121.

[5]) R.-G., Bd. 22, S. 112.

α 2. Die Vorschriften der Konkursordnung:

Wenn das Recht, neben der Nichterfüllung des Vertrages, das von dem Gemeinschuldner auf Grund dieses Vertrages Geleistete zurückzufordern, schon aus dem erörterten Grundsatze, dass der Inhalt und die Wirksamkeit des obligatorischen Verhältnisses trotz des Unterbleibens der weiteren Erfüllung bestehen bleibt, dem Verwalter abgesprochen werden muss, warum hat dann aber der Gesetzgeber in Bezug auf den Vertragsgegner in § 26 Satz 1 Konkursordnung ausdrücklich noch einmal die Bestimmung getroffen, dass dieser die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse nicht verlangen kann, wenn in Folge der Eröffnung des Konkurses die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eintritt? Eine solche Vorschrift muss dann doch in Ansehung des Grundsatzes, dass das Geleistete geleistet bleibt, zum wenigsten überflüssig erscheinen, wenn nicht das Gesetz durch sein Schweigen in Bezug auf den Verwalter hat sagen wollen, dass diesem das Recht gegeben wird, das in § 26 Satz 1 ausdrücklich dem anderen Teil entzogen ist!

Ein argumentum e contrario aus § 26 Konkursordnung, dass das dem anderen Teil versagte Recht, dem Konkursverwalter zusteht, ist aber unseres Erachtens nicht zulässig.

Satz 1 dieses Paragraphen verdankt seine Aufnahme lediglich einem historischen Grunde. In § 16_3 der preussischen Konkursordnung war eine Bestimmung des Inhalts getroffen, wonach dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners das von ihm Geleistete, soweit es in der Konkursmasse noch vorhanden war, zurückgegeben werden musste, wenn die Gläubigerschaft in das Geschäft nicht eintrat. Dem Vertragsgegner des Cridars wurde somit ein wirkliches Aussonderungsrecht gewährt. Auch das französische Recht vertrat denselben Standpunkt. [1])

[1]) Vergl. code civil, art. 1184.

„La condition résolutoire est toujours sous entendues dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne

In Anbetracht dieser Bestimmung der preussischen Konkursordnung und in Hinblick auf das französische Recht ist aus Gründen der Zweckmässigkeit in § 26 Konkursordnung die der preussischen Konkursordnung und dem französischen Recht zu Grunde liegende Rechtsanschauung ausdrücklich verneint worden.[1])

Im übrigen brauchte die Konkursordnung die Frage eines Anspruchs auf Rückforderung des in das Eigentum des Vertragsgegners vom Gemeinschuldner Geleisteten nicht ausdrücklich zu regeln, schon in Hinsicht auf den früher geltenden Rechtszustand. Denn vor ihrem Inkrafttreten war nach dem in Deutschland geltenden gemeinen Recht und den Landesgesetzgebungen im Falle der Nichterfüllung seitens des einen Teils, der andere Teil nicht berechtigt, das von ihm Geleistete zurückzuverlangen; für das allgemeine Landrecht galt derselbe Grundsatz mit Ausnahme zweier hier nicht interessierender Fälle.[2])

Wenn somit dem Gesetze zu entnehmen ist, dass eine Rückfordernng des Geleisteten nicht verlangt werden kann, dann liegt es in der Natur dieser Bestimmung begründet, dass dann auch nicht der in Geld festgesetzte Vermögenswert dieser Leistung gefordert werden kann. Sonst würde man den Mitkontrahenten in Wahrheit doch zur Rückgabe des Empfangenen nötigen und demzufolge mit dem obigen Grundsatze in Konflikt geraten.

Im Ergebnis: Nach den konkursrechtlichen Vorschriften ist somit eine Rückforderung der Vertragsleistungen durch den Verwalter ausgeschlossen.

---

satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été executé, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la resolution avec d'ommages et intérêts."

[1]) Vergl. *von Sarwey-Bossert*, Kommentar, S. 128.

[2]) A. L. R. Teil I, Titel 5 §§ 397 ff. und §§ 404 ff.

§ 26 Konkursordnung findet aber nur Anwendung, soweit es sich lediglich um die „Folgen der Konkurseröffnung" handelt. Ein auf einem anderen Grunde beruhendes Recht des Verwalters oder des Kontrahenten zum Rücktritt oder zur Rückforderung ist keineswegs beseitigt. Es liegt aber eine Aufhebung oder Nichterfüllung in „Folge der Eröffnung des Konkurses" — dann nicht vor, wenn nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts aus einem anderen Grunde der Vertrag aufgehoben werden kann. Es gilt hier auch analog das von uns bei Gelegenheit der Darstellung der Rechtslage Gesagte, die sich ergibt, wenn der Verwalter Erfüllung verlangt. Also beispielsweise dann, wenn wegen vor der Eröffnung des Konkurses eingetretenen Verzuges des Schuldners der Vertrag als aufgehoben zu erachten ist, oder dem Kontrahenten ohne weiteres das Recht der Rückgängigmachung eingeräumt ist. Wir denken hier an den Fall des § 326 B. G.-B. in Verbindung mit § 327 und 346. Es kann aber unseres Erachtens eine Nichterfüllung in Folge der Konkurseröffnung auch dann nicht gegeben sein, wenn der Verwalter und der Kontrahent gegenseitig auf die Erfüllung eines Vertrages verzichten oder etwa das schwebende Rechtsgeschäft aufheben; denn hier ist es die freie Übereinkunft der beiden Kontrahenten, die die Nichterfüllung oder die Aufhebung bedingen, nicht aber eine Folge des Konkurses. [1])

Expressis verbis werden ausserdem die dem Konkursrechte angehörigen Sätze durch § 25 der Konkursordnung selbst noch modifiziert. Gemäss § 25 K.-O. sollen, soweit rücksichtlich einzelner, nicht durch die §§ 18—24 Konkursordnung betroffener Rechtsverhältnisse das bürgerliche Recht besondere Bestimmungen über die Wirkung der Konkurseröffnung enthält, diese Bestimmungen zur Anwendung kommen.

Es würde zu weit führen, hier auf die einzelnen Sonderbestimmungen des bürgerlichen Rechts näher einzugehen.

---

[1]) Anderer Meinung: *Fitting*, S. 6.

Wir wollen im Rahmen der gestellten Aufgabe uns lediglich begnügen, darauf hinzuweisen, dass unter diesen Bestimmungen die Vorschriften gemeint sind, die mit Rücksicht auf die besondere Natur gewisser einzelner Rechtsverhältnisse für diese unabhängig von den allgemeinen Bestimmungen über die Wirkung der Konkurseröffnung auf Rechtsgeschäfte getroffen sind. Für die reichsgesetzlichen Sondervorschriften bedarf es der Vorschriften des § 25 im übrigen nicht, da schon nach den Bestimmungen des § 3 Abs. 1 E.-G. I die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze durch die Konkursordnung nicht berührt werden. (So um nur einige Beispiele aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche anzuführen: § 42 B. G.-B. Verlust der Rechtsfähigkeit des Vereins infolge Konkurseröffnung; Auflösung der Gesellschaft § 728 B. G.-B., aus dem Familienrecht: die Bestimmungen über Beendigung der Verwaltung und des Niessbrauches des Ehemannes, des elterlichen Niessbrauches, der Errungenschaftsgemeinschaft.) Auch aus anderen Reichsgesetzen, insbesondere dem Handelsgesetzbuch und der Reichsgewerbeordnung, liessen sich diese Beispiele leicht vermehren.

Was die Aufrechterhaltung der hier fraglichen landesgesetzlichen Vorschriften angeht, so sollten natürlich nicht die allgemeinen Vorschriften über den Konkurs fortbestehen, nicht also eine so generelle Vorschrift, wie sie z. B. § 566 A.-L.-R. I, 20 darstellt, wonach das Zurückbehaltungsrecht während des Konkurses aufhört, sondern, wie die Motive sagen, nur die Bestimmungen, die „als Ausfluss der eigentlichen Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse anzusehen sind.“ Das geht auch schon aus dem Wortlaut des § 25: „Soweit rücksichtlich einzelner . . .“ hervor. Es möge hier als auf ein Beispiel, auf Art. 75 E.-G. zum B. G.-B. hingewiesen sein, wonach die landesgesetzlichen Vorschriften des Versicherungsrechts aufrecht erhalten bleiben, also auch die Bestimmungen der §§ 2012—2015 A.-L.-R. II, 8., welche die Wirkungen der Konkurseröffnung auf das Vermögen des Versicherers besonders regeln. So wird also, wenn die Nichterfüllung des

Vertrages aus anderen Gründen des allgemeinen bürgerlichen Rechts oder den eben behandelten Sondervorschriften erfolgt, das Ergebnis ein anderes, als wenn die Nichterfüllung nur aus der negativen Ausübung des konkursmässigen Wahlrechts des Verwalters erfolgt.

β 2. Ist, nachdem der Verwalter Nichterfüllung gewählt hat, eine Rückforderung des vom Gemeinschuldner Geleisteten auf Grund des § 812 B. G.-B. denkbar?

Es ist vielfach in der Literatur und namentlich auch in der Rechtsprechung[1]) die Frage aufgetaucht, ob der Verwalter nicht etwa aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung vorgehen könne. Stützt er sich hierauf, dann hat er zu behaupten und zu beweisen, zu welchem Zweck und in welchem Sinne die Leistung vom Gemeinschuldner gemacht ist und inwiefern es demgegenüber objektiv an einem rechtlichen Grunde für den Erwerb des Leistungsempfängers fehlt.

Das Fehlen des rechtlichen Grundes für die Leistung kann zunächst darin liegen, dass die Leistung von vornherein eines rechtlichen Grundes ermangelte oder der für die Leistung vorhandene Grund später wegfällt. Die Leistung findet aber ihren rechtlichen Grund in dem von den Kontrahenten geschlossenen Vertrage, sie entwuchs der vertragsmässigen Verpflichtung und der Vertrag ist, wie wir eben klargestellt, infolge der Erklärung des Verwalters nicht aufgehoben, mithin der rechtliche Grund auch nicht weggefallen. Die blosse Tatsache aber, dass jemand auf Kosten eines anderen geschädigt ist, oder dass eine Bereicherung unbillig erscheint, genügt nicht.[2]) Der von einigen Schriftstellern vertretenen Ansicht, der Vertragsgegner sei insoweit zur Rückerstattung in die Masse verpflichtet, als der

---

[1]) Vergl. hierzu *Jäger*, Kommentar, S. 151 ff.; *Petersen-Kleinfeller*, S. 59 ff.: *v. Sarwey-Bossert*, S. 104; *Seufferts* Archiv, Bd. 47, Nr. 87; Bd. 51, S. 308; E.-R.-G. 7 S. 19; Bd. 26, S. 94; Bd. 56, S. 238.

[2]) Vergl. *Gruchot*, Bd. 46, S. 919.

Wert der Leistung des Gemeinschuldners den Betrag des dem Gegner entstandenen Schadens übersteigt, kann füglich nicht beigepflichtet werden.[1])

Zwar bleibt auch nach ihnen trotz des Erfüllungsverzichtes des Verwalters der Vertrag bestehen, sie lassen aber mit der Verzichterklärung eine Umwandlung des Vertrages insofern stattfinden, als statt des ursprünglichen Vertragsgegenstandes nunmehr ein anderer Gegenstand, nämlich der Vermögenswert, geschuldet wird, den die Gegenpartei im Falle der Erfüllung erworben haben würde.

Infolge dieser Vertragsumwandlung erachten sie den rechtlichen Grund des Vorempfangs, insoweit er den Schaden übersteigt, für fortgefallen, und insoweit glauben sie deshalb die Zurückforderung mit der „condicto ob causam finitam" für berechtigt anerkennen zu müssen.

Haltbar erscheint uns auch nicht der *von Wilmowski*[2]), übrigens ohne jede Begründung, vertretene Standpunkt, wonach der Verwalter dann zur Rückforderung berechtigt sei, wenn die Vertragsleistung den Interessenanspruch übersteigt und der Gegner den Verwalter bei der Erklärung, die Erfüllung nicht verlangen zu wollen, festhält. Ohne dieses Festhalten spricht auch er dem Verwalter die Befugnis ab, das Geleistete zurückzufordern, da er den Vertrag nicht aufheben könne, mithin der Fall condictio ob causam finitam nicht vorliege.[3])

Ein weiteres Fehlen des rechtlichen Grundes kann darin bestehen, dass die Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts einen Erfolg bezweckt, der nicht eintritt — der Fall der condictio causa data causa non secuta. — Der Gemeinschuldner hätte dann seine Leistung zwar solvendi causa aus dem Rechtsgrund der Vertragserfüllung vorgenommen, aber mit der Erwägung, dass durch die Wahl der Nichterfüllung der bezweckte Erfolg, der den Rechtsgrund der Leistung bilde

---

[1]) So namentlich *Jäger*, S. 151.
[2]) S. 97 a. a. O.
[3]) *Wilmowski*, Kommentar, S. 97.

— nämlich hierdurch die Gegenleistung zu erhalten — weggefallen sei, könnte man zu dem Schluss kommen, dass die Voraussetzungen des vorerwähnten condictio gegeben wären. Dem ist aber auch nicht so.

Wenn auch, wie oben ausgeführt, zur begrifflichen Voraussetzung des gegenseitigen Vertrages gehört, dass Leistung und Gegenleistung in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis stehen, so ist dieses Ahhängigkeitsverhältnis doch in Ansehung der Erfüllung nicht ganz so vollständig. „Es ginge zu weit, zu sagen, dass, wenn der eine Teil nicht leistet, auch der andere Teil nicht zu leisten brauche und das bereits Geleistete zurückfordern könne. Der Rechtsgrund der Leistung liegt in der Vergangenheit, nicht in der Gegenwart und in der Zukunft. Bei gegenseitigen Verträgen „vollzieht" jeder Teil die von ihm übernommene Leistung, nicht um der zu erlangenden Gegenleistung willen, sondern zur Erfüllung der eigenen Verpflichtung. Er kann also, wenn die Gegenleistung ausbleibt, nicht wegen Hinfalls des Zwecks zurückfordern." [1])

Es mangelt nicht an einem Rechtsgrund, wenn, wie hier, aus einem klagbaren Vertrag erfüllt ist. Dann steht dem Gegner zunächst einfach der Vertragsanspruch auf die Leistung zu.[2]) Da nun hier der Verwalter auf die Leistung verzichtet hat, so ist es nicht angängig, ihm nun wegen Nichterfüllung eine Kondiktion zu geben.

Es mangelt eben an der Identität des den Verlust des einen und den Gewinn des andern vermittelnden Umstandes. Die Bereicherung ist nur mittelbar durch den Verzicht des Verwalters entstanden. Es fehlt die unmittelbare Beziehung zwischen bereichernder Erlangung des einen und Verlust des andern. Es gibt eben, kann man wohl allgemein sagen, keine Kondiktion des auf Grund eines zweiseitigen Vertrages Ge-

---

[1]) *Crome,* System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 170; vergl. auch *von Staudinger,* Kommentar zum B. G.-B., II. Aufl., 1906, Bd. II, S. 832; *Seufferts* Archiv, Bd. 42, Nr. 176; *Petersen-Kleinfeller,* Kommentar, S. 96.

[2]) Vergl. *Oertmann,* a. a. O., S. 915 und 913.

leisteten lediglich wegen Nichterfüllung seitens des anderen Teils. [1])

Somit erhalten wir also als weiteres Ergebnis, dass auch auf dem Kondiktionenweg die Rückforderung des vom Gemeinschuldner Geleisteten ausgeschlossen ist.

Es ist nicht zu verkennen, dass der hier durchgeführte Grundsatz: „Jeder der Kontrahenten behält das Empfangene" unter Umständen zu wenig erfreulichen Ergebnissen für die Konkursmasse führt. Durch unvorsichtige Ausübung des Wahlrechts kann sich beispielsweise ein in ähnlicher Weise für die Masse ungünstiger Sachstand ergeben, wenn der Fall so liegt, dass der Cridar als Käufer den grössten Teil von Teillieferungen bereits erhalten und der Verwalter die kleine Restlieferung fordert, so dass er nunmehr auch den Kaufpreis für die früheren Lieferungen voll und ganz aus der Masse entrichten muss.

Jedoch wird in den weitaus meisten Fällen das Resultat gerade für den Gläubiger ein unerfreuliches sein, während die Konkursmasse durch das ihr in der Person des Verwalters zustehende Recht, die Erfüllung zu verlangen, in die günstigere Lage versetzt wird, die ihr für den Fall der Nichterfüllung drohenden Nachteile zu vermeiden.

γ 1. Die Wahl ist unterblieben.

Neben der Erfüllung und der Erfüllungsablehnung oder dem Schweigen des zur Abgabe einer Erklärung aufgeforderten Verwalters ist schliesslich noch eine dritte Möglichkeit denkbar, nämlich die, das der Verwalter weder aus eigenem Antriebe eine Erklärung abgegeben hat, noch von der Gegenpartei hierzu aufgefordert worden ist. Bei dieser Rechtslage erfährt der schwebende zweiseitige Vertrag keinerlei Änderung, denn es ist weder von dem Konkursverwalter eine abändernde Verfügung getroffen, noch hat der andere Teil das Vertragsverhältnis zur Konkursmasse angemeldet. In dem blossen

[1]) Vergl. O.-L.-G., Bd. 4, S. 53; Recht 1906, S. 748.

Unterlassen einer Erklärung ohne vorausgegangene Aufforderung kann eine Verfügung des Konkursverwalters im Sinne der Nichterfüllung nicht erblickt werden. Der Vertrag besteht also nach Beendigung des Konkurses unverändert zwischen dem Gemeinschuldner und dem Vertragsgegner fort.[1]) Hieraus ergibt sich von selbst, dass nach Schluss des Konkursverfahrens das dem Verwalter eingeräumte Wahlrecht nicht auch durch den Gemeinschuldner ausgeübt werden kann.

---

[1]) *Petersen-Kleinfeller*, Kommentar, S. 96; *von Sarwey-Bossert*, Kommentar, S. 104; *Jäger*, Kommentar, S. 153, 154; vergl. auch § 164 K.-O.

C.

Inwieweit kann durch frühere Parteivereinbarung dem Konkurse eine andere als die im Gesetz bestimmte Wirkung auf schwebende Rechtsgeschäfte beigelegt werden?

Die sowohl in der Konkursordnung als auch in anderen Quellen des bürgerlichen Rechts getroffenen Bestimmungen über die Einwirkung des Konkurses sind regelmässig zwingender Natur. Sie können daher im allgemeinen durch Parteivereinbarungen nicht unanwendbar gemacht werden. Für jeden Fall aber die Zulässigkeit solcher vor der Eröffnung des Konkurses getroffener Vertragsbestimmungen zu verneinen, erscheint uns nicht rechtens.

Die Ansicht der Gegner folgert die Ungültigkeit solcher Bestimmungen schon daraus, dass sie eine Verfügung des Gemeinschuldners über die zukünftige Konkursmasse darstellen. [1])

Das Argument kann aber billigerweise nicht stichhaltig sein, denn durch die Konkurseröffnung wird nur das fernere Verfügungsrecht über die Konkursmasse, nicht aber auch das materielle, frühere Recht des Gemeinschuldners an der Konkursmasse mit rückwirkender Kraft aufgehoben.

---

[1]) *Stieglitz*, S. 98.

In Bezug auf die Zulässigkeit besonderer Parteivereinbarungen für den Fall des Konkurses ist der Inhalt dieser Bestimmungen ausschlaggebend. Solche Parteivereinbarungen müssen unserer Ansicht nach für zulässig erachtet werden, die nicht die Bestimmung des § 17, insoweit dieser im öffentlichen Interesse erlassen ist, modifizieren wollen. Nur insoweit wird § 17 Konkursordnung jus cogens enthalten, als er dem öffentlichen Interesse dient. Dies ist namentlich insofern der Fall, als durch ihn der rasche Gang des Konkursverfahrens gesichert wird und die Konkursgläubiger vor Nachteilen geschützt werden sollen, die ihnen hinsichtlich ihrer Befriedigung aus solchen für den Fall des Konkurses getroffenen Vereinbarungen erwachsen können. So würde es beispielsweise dem Zwecke des Konkursverfahrens, zum Besten der Gläubiger das Vermögen des Gemeinschuldners bestmöglichst zu verwerten, zuwiderlaufen, wenn durch Parteivereinbarungen der Verwalter gezwungen werden könnte, auf sein Wahlrecht zu verzichten und den Vertrag mit Mitteln der Masse in jedem Falle zu erfüllen. Eine Vereinbarung, die eine unveränderte Fortsetzung des Vertragsverhältnisses enthält, ist ein gegen das jus publicum der Konkursordnung gerichtetes unstatthaftes pactum privatorum.

Alle Vertragsberedungen, die das Wahlrecht des Verwalters erschweren, sind daher dem Gesetze gegenüber unwirksam. [1])

Desgleichen müssen solche Bestimmungen der rechtlichen Wirksamkeit ermangeln, die für den Eintritt des Konkurses das Rechtsverhältnis der Gläubiger untereinander beeinflussen wollen, die z. B. eine Masseschuld statt einer Konkursforderung begründen wollen.

Dass aber die Konkursordnung über diesen Zweck hinaus in die Privatwillkür hat eingreifen wollen, kann nicht angenommen werden. Es sind vielmehr Vereinbarungen, die

---

[1]) *v. Wilmowski*, Kommentar, S. 94; ähnlich in Bezug auf § 19 K.-O.; *Jäger*, Kommentar, S. 168; *Petersen-Kleinfeller*, Kommentar, S. 89; Motive zur Konkursordnung, S. 74 ff.

Rechte oder Pflichten für den Gemeinschuldner oder Gläubiger mit dem Eintritte des Konkurses beseitigen, wirksam. Denn solche Rechtsgeschäfte begründen Rechte und Pflichten nur für den Gemeinschuldner und dessen Vertragsgegner. Nicht ist ihr Zweck, zum Schaden oder Vorteil derjenigen zu wirken, welche ihre rechtlichen Beziehungen zum Gemeinschuldner auf Grund der Bestimmungen der Konkursordnung ordnen müssen. Es kann daher ohne Bedenken als zulässig erachtet werden, dass der Nichteintritt des Konkurses als Resolutivbedingung für ein später ins Leben tretendes Rechtsgeschäft oder dass die Konkurseröffnung als Suspensivbedingung für ein bereits begründetes Rechtsgeschäft bestimmt wird.[1])

[1]) R.-G. Bd. 18, S. 314.